الوسيط في الطعن بالاستئناف

في المواد المدنية والتجارية

نظرية الحكم القابل للطعن بالاستئناف - الأحكام التي يجوز الطعن فيها بالاستئناف - [illegible] - الأثر الناقل - [illegible]
[illegible]

دكتور
نبيل إسماعيل عمر
أستاذ ورئيس قسم قانون المرافعات
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية
والمحامي بالنقض

الوسيط

فى الطعن بالاستئناف

فى المواد المدنية والتجارية

الوسيط
فى الطعن بالاستئناف

فى المواد المدنية والتجارية

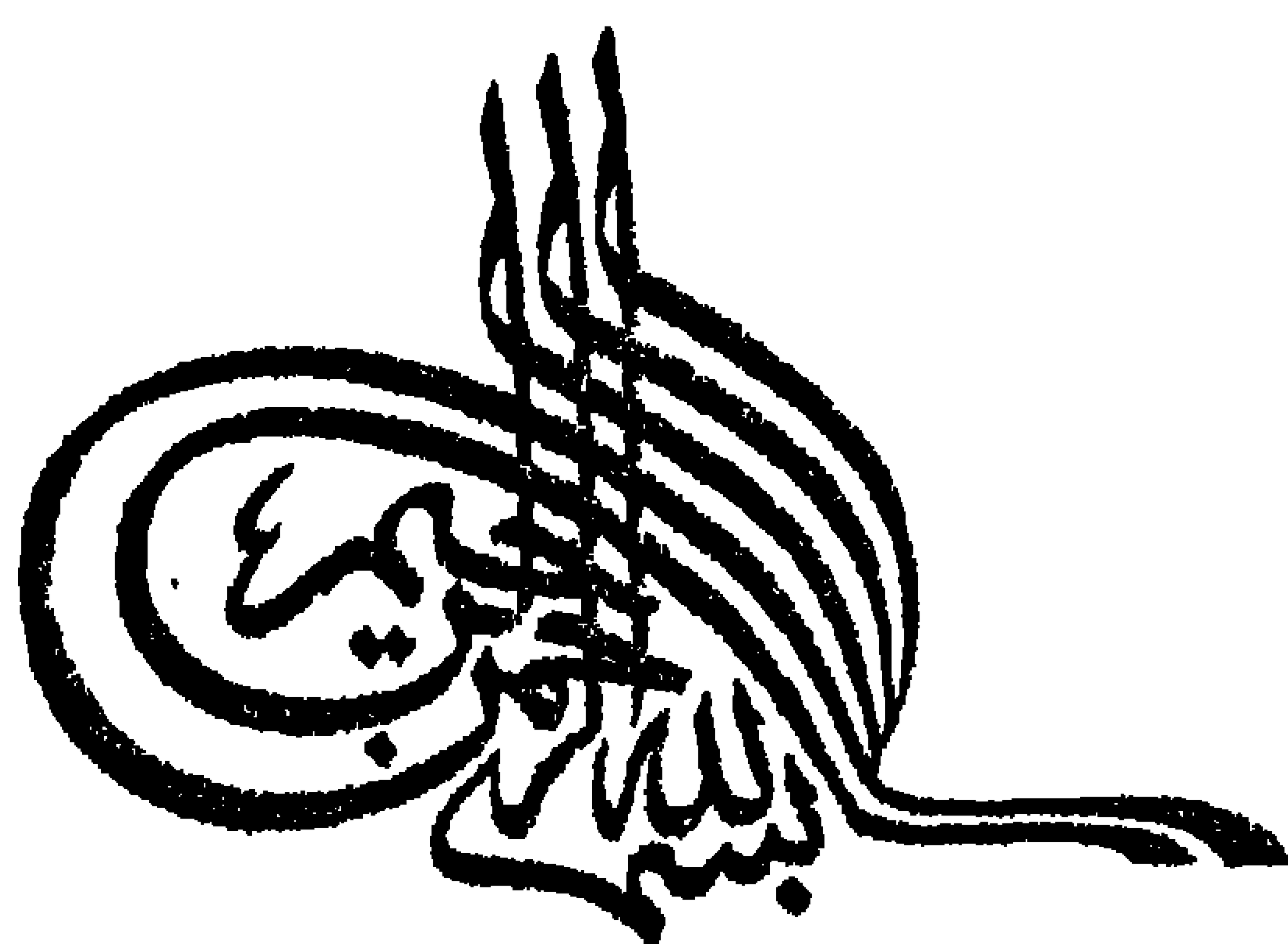
نظرية الحكم القابل للطعن بالاستئناف - مالايجوز الطعن فيه بالاستئناف
اجراءات الطعن - خصومة الطعن - الأثر الناقل - الحق في التصدي - عوارض
الخصومة - تحريم الطلبات الجديدة - الاستئناف الفرعي والمقابل والمثار
الاستئناف في شكله الجديد في فرنسا
طبقاً لأحكام الفقه والقضاء المصرى والفرنسي

دكتور
نبيل اسماعيل عمر
أستاذ ورئيس قسم قانون المرافعات المدنية والتجارية
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية
والمحامي بالنقض

2000



دار الجامعة الجديدة للنشر
٣٨ ش سوتير - الأزاريطة - الإسكندرية
تليفون وفاكس : ٤٨٦٨٠٩٩


بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيـــم

مقـــدمـــة

١- الطعن فى الأحكام القضائية بالاستئناف يقصد به إتاحة الفرصة لمن صدر ضده الحكم من محكمة أول درجة أن يعيد طرح النزاع مـــرة ثانية أمام محكمة أعلى درجة وأكثر خبرة من المحكمة التـــى أصـــدرت الحكم الأول الذى لم يشبع مصالح الطاعن.

ونظام الطعن بالاستئناف فى الأحكام القضائية تسيطر عليه فكـــرة واحدة، أيا كان نوعه أو كانت طبيعته : هذه الفكرة هى إتاحة عـوض ذات النزاع مرة أخرى أمام محكمة أخرى غير التى فصلت فيـــه لأول مـــرة لإعادة النظر فى ذات النزاع أو فى القضاء الذى حسم هذا النزاع.

والطعن بالاستئناف تم تنظيمه منذ زمن بعيد فى القوانين التى لـــها تاريخ إجرائى كفرنسا، باعتباره طريقاً عادياً للطعن فى الأحكام الصـــادرة من محاكم أول درجة – وكان هذا الطعن يرمـــى إلـــى إعطـــاء قـــاضى الاستئناف كل سلطات قاضى أول درجة.

ويقصد بذلك أن محكمة الاستئناف يكون لها إعادة الفصل فـــى ذات النزاع الذى طرح أمام محكمة أول درجة ، وفصل فيه وذلك فى حدود مـــا رفع عنه طعن بالاستئناف ، مما فصل فيه من أول درجة .

ومعنى ذلك مرة أخرى أن جميع السلطات التى تكون لقـــاضى أول درجة ، يتمتع بمثلها قاضى الاستئناف ، وذلك حتى يتمكن مـــن فحـــص النزاع مرة ثانية ، من ناحية الواقع ومن ناحية القانون.

والنظام القانونى للطعن بالاستئناف بناء على هذا النظـــر يســـتجيب إلى عدة أهداف ويتأسس على مجموعة أفكار تتعلق بفلسفة القانون وفكـــرة العدالة ذاتها، وقبل التصدى لهذه الأهداف وتلك الأسس ، يحســـن بنـــا أن نعطى فكرة موجزة عن ماهية النظـــام القـــانونى بصـــدد نظـــام الطعـــن

بالاستئناف الذى يعتبر واحداً من أهم النظم القانونية فى نطـــاق القـــانون الإجرائى الخاص .

٢- فكرة النظام القانونى بوجه عام تتصل بقـــوة بأفكـــار فلســـفة القانون. فالفقيه فى بحثه الدائم عن العدالة والملائمة يبنى النظم الكفيلة بأن تصل بنا إلى تحقيق العدالة فى المجتمع بصورة ملائمة لمتطلبات الحيـــاة. بناء على النظام القانونى لأى فكرة قانونية ، كالعقد ، الزواج، المـــيراث، الطعن فى الأحكام .. الخ، يقصد به تشييد إطار عام محكم يحدد الملامـــح العامة للنظام محل الاعتبار . بداخل هذا الإطـــار Cadre يقـــوم الفقيـــه بابتكار مجموعة الأدوات الفنية التى تساعد على تحقيق الغاية النهائية التى يهدف إليها نظام قانونى معين ، ابتكار هذه الأدوات الفنية لا يتم بطريقـــة عشوائية، وإنما هناك فكرة أساسية تحكم التفكير الهادف إلى خلـــق هـــذه الأدوات الفنية Les moyens techniques. هـــذه الفكـــرة الأساســـية تتلخص فى أن كل أداة فنية من الأدوات التى سوف تنظم فيما بعد داخـــل إطار النظام القانونى محل الاعتبار يجب أن تكون ملائمة تماماً لتحقيـــق الغاية La finalité التى يرمى هذا النظام إلى التوصل إليها .

٣- وعلى هذا الأساس فحين توجد الفكرة فى مرحلتها النظرية فـــى ذهن المفكر، فإنه يرسم لها الإطار العام، الذى يحكمه هو أيضـــاً الغايـــة النهائية لهذه الفكرة. ثم فى مرحلة تالية يتولى الفقيه ابتكار الأدوات الفنيـة التى سوف تعمل داخل هذا النظام. هذه الأدوات يحكمها هى أيضاً الغايـــة النهائية للنظام محل الاعتبار . بإتمام ابتكار كل الأدوات الفنية اللازمـــة للنظام القانونى ، على ضوء الهدف النهائى من هذا النظام، يقوم الفقيـــه بترتيب هذه الأدوات بشكل معين داخل الإطار النظـــرى للنظـــام محـــل الاعتبار . والفقيه فى ترتيبه لهذه الأدوات داخل النظام القانونى يســـيطر عليه هو أيضاً فكرة أساسية ، هذه الفكرة تتلخص فـــى وجـــوب أن يتـــم تركيب هذه الأدوات الفنية بحيث تتمكن من العمل المنظم الـــذى يحقـــق بأفعل وسيلة الهدف النهائى الذى يرمى إليه النظام القانونى محل الاعتبار

وبما أن كل نظام قانونى يهدف إلى تحقيق أهداف خاصـــة بـــه ، فبالتالى فإن النظم القانونية لا تقبل الحلول بعضها محل بعـــض ، نظـــراً لاختلاف الأهداف المرتجاه من نظام لآخر .

وبما أن الأدوات الفنية داخل كل نظام تخضع فى خلقها وابتكارهـــا إلى ضرورة التوصل إلى الهدف المحدد للنظام الـــذى تعمـــل بداخلـــه، فالنتيجة التى نتوصل إليها من ذلك هى أن هذه الأدوات الفنية لا يمكـــن عزلها من النظام القانونى الخاص بها ، وزرعها فى نظام قانونى آخـــر ، فلكل هدفه، ولكل طريقة عمله، ولكل آثاره الخاصة التى يحكمها النظـــام القانونى الذى تعمل بداخله.

هذه الفكرة الموجزة للنظام القانونى بوجه عام ستكون محلاً لتطوير وتحليل أثناء سير هذه الدراسة .

٤- وسبق لنا القول بأن النظام القانونى للطعن بالاستئناف يستجيب لعدة أهداف، ويتأسس على مجموعة أفكار تتعلق بفلسفة القانون وفكـــرة العدالة ذاتها .

فالاستئناف كطريق من طرق الطعن فى الأحكام يهدف إلى إتاحـــة الفرصة لمن يتضرر من القضاء الصادر ضده من محكمة أول درجة، أن يعيد طرح النزاع مرة ثانية أمام محكمة الاستئناف .

إعادة طرح النزاع تهدف إلى فحصه مرة ثانية بواسطة قاضى أكثر أهمية من قاضى أول درجة ، بهدف إصلاح القضاء الصـــادر مـــن أول درجة، بفرض أن هذا القضاء كان معيباً فى إجراءاته أو مخطئاً فيما قـــام به من تقدير للوقائع أو إعمال للقانون.

الطعن بالاستئناف إذا يستجيب إلى فكرة التظلم ، التظلم من قضـــاء سيئ صادر من أول درجة.

ومن جهة أخرى وعلى مســتوى العوامـــل النفســية ، فالقـــاضى والخصوم بشر، ومما جبل عليه البشر الخطأ أو النسيان أو الغـــــش،

فالاستئناف يهدف إلى معالجة هذه الأمور. فطرح النزاع علـــى قـاضى أعلى درجة من القاضى الذى أصدر حكمه أولا يتيح الفرصة لتلافى هــذه العيوب.

هذا هو جوهر الهدف الذى يستجيب إليه الطعن بالاستئناف ، هـــذا هو الهدف الذى ما زال الفقه يردده بتقديس وخشوع منذ حوالـــى ثـلاث قرون من الزمان ، وكان الخلود السرمدى قد كتب لهذه المبادئ ألا تتغير، وألا يؤثر فيها الزمان.

وسنرى من بعد ، وفى نطـاق ذات المقدمـة ، أن كـل الكائنـات والأشياء والأفكار والنظم ومنها نظام الطعن بالاستئناف تتغير فى الـهيكل والمحتوى والهدف بفعل التطور ومرور الزمن.

فإذا كان الطعن بالاستئناف يستجيب إلى مبدأ التقاضى على درجتين الذى يعنى إتاحة الفرصة لعرض ذات الـنزاع مرتيـن متتـاليتين أمـام محكمتين مختلفتين إحداهما تعلو الأخرى بقصد إعادة الفصـل فـى ذات النزاع مرة ثانية ، لاصلاح ما به من عيوب ومن هذه الغايـة أو الـهدف كان نظام الطعن بالاستئناف يسمى : " طرق إصلاح القضاء الصادر مـن أول درجة " L'appel voie de reformation.

هذا الهدف الذى كان مرسوما ، من قديم، لنظام الطعن بالاسـتئناف قد طرأ عليه تعديل جوهرى. ابتداء من نحو ربع قرن من الزمان.

هذا التعديل ظهر فى الفقه الفرنسى،وردد صداه التشريع الفرنسـى الصادر سنة ١٩٧٦ ، مؤدى هذا التعديل هـو وجـوب إعطـاء النظـام القانونى للطعن بالاستئناف وجها ووظيفة جديدة، هذا الوجه وهذه الوظيفـة لا ترمى إلى إلغاء الوظيفة التقليدية للطعن بالاستئناف ، وإنما يهدف إلـى إضافة مهمة جديدة إلى جانب المهام والأهداف التى يحققها نظام الطعـن بالاستئناف فى صورته التقليدية.

فإذا كان نظام الطعن بالاستئناف يهدف منذ إنشائه إلى إصـلاح

القضاء السيئ الصادر من أول درجة، فإن هذه الوظيفة أو هذا الهدف لم يعد يتمشى مع متطلبات السرعة التى يفرضها العصر الحالى.

لهذا كان لابد من البحث عن أدوات فنية تكفل لنظام الطعن بالاستئناف أن يؤدى وظيفة أخرى، جديدة، إلى جانب وظيفته التقليدية.

من هنا، ظهر هدف جديد لنظام الطعن بالاستئناف ، هذا الهدف يرمى فى الواقع إلى ضرورة جعل الاستئناف طريق للطعن ينهى النزاع تماماً، ومرة واحدة، دون حاجة للعودة مرة ثانية أمام محكمة أول درجة . فمن المعروف . وكما سوف يتضح لنا من بعد ، أنه إعمالاً لمبدأ التقاضى على درجتين لا يجوز كقاعدة عامة طرح طلبات جديدة لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية .

كل هذا تطبيق لمبدأ ثبات النزاع، الذى ينساب من مبدأ أصيل فى قانون المرافعات هو مبدأ احترام حقوق الدفاع.

الوجه الجديد والوظيفة الجديدة التى يهدف إليها النظام الحالى للطعن بالاستئناف هى إنهاء النزاع المطروح أمام قاضى ثانى درجة، مرة واحدة، وبالنسبة لجميع المسائل دون حاجة للعود إلى محكمة أول درجة كلما اصطدمنا بمبدأ التقاضى على درجتين ، وكلما حال دون ذلك تحريم إبداء الطلبات الجديدة أمام محكمة الاستئناف.

٥- أما من ناحية الأساس الذى يقوم عليه النظام القانونى للطعن بالاستئناف ، فهذا الأساس فى رأينا يرجع إلى اعتبار فلسفى واعتبار عملى فى آن واحد.

فمن الناحية الفلسفية يتأسس النظام العام لطرق الطعن فى الأحكام على فكرة العدالة ، ولا يقصد بالعدالة هنا النظرية ، ولا العدالة المثالية ، ولا العدالة المطلقة ، وإنما يقصد بها العدالة النسبية، والعدالة النسبية هى العدالة التى يصل إليها القاضى العادى، فى نظره للنزاع العادى فى الظروف العادية .

فكرة العدالة هذه هى التى يبنى عليها نظام الطعن بالاستئناف.

هذا النظام الذى يسمح فى جوهره بإعادة طرح ذات النزاع السابق الفصل فيه من قاضى أول درجة ، أمام قاضى جديد هو قاضى ثانى درجة ، لكى يعيد تقدير المسائل مرة أخرى، ربما يصل إلى هذه العدالة النسبية . .

أما الاعتبار العملى الذى يتأسس عليه النظام القانونى للطعن بالاستئناف ، فيرجع إلى أن القاضى كإنسان معرض لما يتعرض له الإنسان من خطأ أو نقض . ففى إتاحة الفرصة لطرح النزاع مرة ثانية أمام قاضى آخر، أعلى درجة من القاضى الأول ، ما يسمح بإصلاح ما قد يقع فيه القاضى الأول من خطأ أو تقصير.

ومن جهة أخرى، وبالنظر إلى المتقاضين أنفسهم، فمن الملائم، إفساح المجال لهم، عن طريق منحهم الفرصة لطرح نزاعهم مرة ثانية أمام قضاء الاستئناف. فإمكانية إعادة النظر فيما سبق الفصل فيه من محكمة أول درجة لهو أدعى إلى تهدئة النفوس، واستقرار المراكز القانونية للأفراد.

٦- ولعل السؤال الذى قد يتبادر إلى الأذهان ، هو : لماذا وقع اختيارنا على موضوع الطعن بالاستئناف لكى نتناوله فى نظريته العامة؟

والإجابة على هذا السؤال تكمن فى الآتى :

لا يوجد فى المكتبة العربية كتاب واحد يتناول هذا الموضوع بصورة شاملة متكاملة ترد فيها الفروع إلى أصولها وتجمع هذه الأصول فى نظرية واحدة.

وإنما جرى العمل على تناول دراسة الطعن بالاستئناف بمناسبة الدراسة العامة التى تعالجها المؤلفات العامة لطلبة كلية الحقوق. وقد جرى العمل مؤخراً على تناول النصوص المتعلقة بطرق الطعن فى

الأحكام بالتعليق عليها المادة تلو الأخرى، دون اهتمام بسرد كل ذلك لأصول عامة.

ومن جهة أخرى، لا يوجد فى الفقه الفرنسى مؤلفات مكرسة لتتناول النظرية العامة للطعن بالاستئناف فى شمولها وعموميتها ، وإنما توجد مؤلفات تعالج موضوع أو أكثر من مواضيع الطعن بالاستئناف.

ومن جهة ثالثة، لا نكاد فى مصر، على الإطلاق ، وفى جميع الدوريات أو المجلات العلمية أى تعليق على حكم واحد من الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف المصرية بشكل متخصص ومستمر .

وأخيراً، دفعنا إلى هذه الدراسة ، ما لمسناه من حاجة العمل والفقه إلى هذا النوع من أنواع الدراسات القانونية، والذى شرعنا فيه من قبل حيث تم لنا بعون الله إصدار كتابنا فى النظرية العامة للطعن بالنقض فى المواد المدنية والتجارية، وسنوالى بمشيئة الله هذه الدراسة حتى نغطى كافة طرق الطعن فى الأحكام فى قانون المرافعات المصرى.

٧- خطة الكتاب .

سوف نقسم هذا الكتاب إلى أبواب ثلاثة:

الباب الأول: وندرس فيه الأحكام التى يجوز الطعن فيها بالاستئناف.

الباب الثانى: وندرس فيه إجراءات الطعن بالاستئناف والخصومة المتولدة عن هذا الطعن.

الباب الثالث : وندرس فيه آثار الطعن بالاستئناف.

وننتقل الآن إلى الدراسة التفصيلية لكل هذه المسائل.

دراسة تمهيدية فى حكم القضائى

تعريف الحكم القضائى

١- هو القرار الصادر من شخص مزود بولاية القضاء، وبما له من سلطة قضائية ، فى نزاع مطروح عليه، بهدف حسم هذا النزاع سواء فى الموضوع أو فى الإجراءات ويصدر فى الشكل المكتوب.

والحكم القضائى هو أثر من آثار خصائص القاعدة الإجرائية فهى قاعدة من ضمن أوصافها أنها قاعدة جزائية بمعنى أنها تؤدى إلى أعمال عنصر الجزاء الكامن فى القاعدة التى تمت مخالفتها، وحدث بشأنها نزاع طرح أمره على القضاء بهدف الفصل فيه بحكم قضائى.

والنتيجة النهائية لهذا الفصل هو صدور الحكم معملاً هذا الجزاء، سواء كان جزاء مقرراً لقاعدة موضوعية اعتدى عليها، أو كان مقررا لقاعدة إجرائية تمت مخالفتها.

وعلى ذلك فالحكم القضائى يجب أن يفهم بهذا المعنى المزدوج : إجرائي وموضوعي، وقد يجتمع فى الحكم الواحد الصفتين بأن يكون صادراً فى الموضوع وفى الإجراءات فى وقت واحد كالأحكام المختلطة Mixtes. مثال الحكم الذى يقرر المسئولية وهذا حكم موضوعي ويحيل إلى الخبرة لتقدير التعويض وهذا حكم متعلق بإجراءات الإثبات.

والحكم القضائى يصدر بما للقاضى من سلطة قضائية، حتى وأن كان حكماً صادراً فى مادة مستعجلة ، أما ما يصدره القاضى بما له من سلطة أخرى كسلطة الأمر فلا يسمى حكماً وإنما يسمى أمراً Ordonnance ، وما يصدره القاضى بما له من سلطة إدارية يسمى قراراً إدارياً، وليس هنا مجال الخوض فى معايير التمييز ولا فى الأشكال والآثار الخاصة بكل أمر من هذه الأمور. فهذه الدراسة تنصب فقط على الحكم القضائى وحده.

وصناعة الحكم القضائى تحتاج إلى مواد أولية، ثم أسلوب فنى متبع فى صناعته ، ثم عملية إخراج لهذا الحكم إلى حيز الوجود، ثــم ـراســة للآثار المتولدة فى كافة هذه المراحل ســواء علــى الحــق الموضوعــى المتنازع عليه، أو الإجراء التحفظى المطلوب اتخاذه بحكم مســتعجل، أم على المراكز الإجرائية المختلفة.

٢- فى النظم القانونية المعاصرة تم تحجيم قاعدة القصاص الخـلص فى أضيق نطاق ممكن. وصار الالتجاء إلى القضاء هــو القــاعدة عنــد حدوث النزاع والنزاع هو عبارة عن تعرض فعلى أو قــانونى للحــق أو للمراكز القانونية مما يكدر صفو حيازتها ويضـــع صاحبــها فــى حالــة ضرورة ملجئة للحصول على الحماية القضائية .

هذه الحماية قد تكون حماية قضائية موضوعية، وقد تكون حمايـــة قضائية وقتية. الأولى تؤدى إلى ترجمة الصفة الجزائية للقاعدة الإجرائيــة من ناحية الموضوع والحماية الوقتية تهدف إلى حماية أصل الحق حمايــة مؤقتة ، لا تكسب حقاً ولا تهدره إلى أن يفصل موضوعا فى أصل الحــق، فيجد للمحكوم له حقاً، أو مركزاً قانونياً يمارس عليه آثار الحكم الصــادر، وذلك لأن الحق قد تمت حمايته وقتياً حتى صدر الحكم الموضوعى.

والسؤال الآن هو: هل الحق الموضوعي فى حاجــة إلــى حمايــة قضائية عند حدوث النزاع حول وجوده أو بقائه أو توليد آثاره أو انتقالـــه أو انقضائه؟ ألا يكفى الحماية القانونية لهذا الحق. تلك الحماية القائمة فـــى ذات القاعدة القانونية الموضوعية التى أنشأت الحق وأقرت وجوده؟

فى الواقع، فإن هذه الحماية القانونية تكون فعالـــة علـــى مســتوى إحداثها ردعاً عاماً وقائياً يمنع الغير من الاعتداء على حق الآخرين وهــذا يتمثل فى مقولة أن القانون يتم تطبيقه فى المجتمع من تلقاء نفسه، طواعية واختيارياً، وذلك فى الحالة التى يطيع الأفراد فيها القانون تلقائيا.

ولكن إذا حدث اختلاف فى وجهات النظر بين الأطـــراف فهنـــا،

وحيث لا يوجد حل اختيارى يؤدى إلى احترام القانون، وحيث لا يوجد قصاص خاص، فلا مفر من اللجوء إلى القضاء . وأمام القضاء يطلب إعمال ذات القاعدة القانونية التى تمت مخالفتها ومن ثم تطبق بشكل اختيارى ،فإذا أعمال القاضى هذه القاعدة يكون القانون قد تم تطبيقه بواسطة حكم قضائى وليس بالإرادة الحرة للأطراف . هذا الحكم له شكل، وله حجية وله آثار تختلف عما إذا كان القانون قد طبق بالإرادة الحرة. وسنرى كل ذلك فيما بعد.

٣- مثال يوضح ما سبق، حادث سيارة ، يوجد جريح، محدث الضرر إذا تراضى مع المضرور على جبر الضرر تكون القاعدة الموضوعية قد تم احترامها وكانت فعالة. ويقال أن حكم القاعدة قد طبق إراديا .

فى نفس المثال محدث الضرر يفر بسيارته، لا تعويض ، لا قصاص خاص، تكون القاعدة الموضوعية فى هذه الحالة عاجزة عن توليد فعاليتها الذاتية، وتحتاج إلى اللجوء إلى القضاء الحصول على حكم.

هذا الحكم يؤكد الحادث، وعناصر المسئولية التقصيرية ، ويحكم بالتعويض أى أن هذا الحكم يفعل ما كان يجب عن الخصوم فعله بحريتهم وإرادتهم ولكنهم نكصوا ولم يفعلوا.

هذا التقرير القضائى هو تقرير لحماية قضائية تقرر الحماية القانونية ولا تنشئها حيث أنها موجودة من قبل فى القاعدة الموضوعية والحماية القضائية تكون ثابتة فى سند رسمى هو الحكم وله قوة تنفيذية وقوة فى النفاذ وصلاحية فى الإثبات باعتباره محررا رسميا وله العديد من الآثار ليس هنا مجال سردها.

راجع: أصول المرافعات . نبيل عمر. منشأة المعارف ١٩٨٦ ص ٩٨٠ وما بعدها. الحكم القضائى إذا هو العمل القضائى الذى يزود المراكز الموضوعية بالحماية القضائية التى تعزز الحماية القانونية القائمة

في القاعدة الموضوعية ويعيد إليها فعاليتها في الاحترام الواجب لها .

٤- والمواد الأولية التي تساهم في بناء الحكم القضائي هي الوقائع المدعاة من جانب الخصوم، وأدلة الإثبات المقدمة منهم. كذلك من المواد الأولية أيضاً النصوص القانونية الواجبة التطبيق على هذه الوقائع . فالذى يطرح على القضاء في واقع الأمر هو الأسس الواقعية المولدة للحق المدعى به: les elements generateurs de droit reclame ويقصد بها الوقائع وأدلة الإثبات التي باجتماعها ينشأ الحق أو المركز القانوني المتنازع عليه. الحقوق لا تطرح على المحاكم باعتبارها كيانات معنوية لا يمكن المساس بها أو حيازتها . فحق الملكية مثلاً باعتباره سلطة، أو اختصاص أو استئثار بمنفعة شئ استئثار يحميه القانون. يقع إثباته عن طريق إثبات الوقائع المولدة له. وكذلك بقية الحقوق.

فالمتقاضي إذ يطلب من القاضي إثبات حق ملكيته، فهو يطلب في الواقع إثبات مجموعة الوقائع التي تنزل على أنها حيازة عناصر واقعية تصلح لتوليد هذا الحق. مثال ذلك الحيازة المؤدية إلى كسب الحق العيني بالتقادم المكسب. هي عبارة حيازة مجموعة الوقائع المادية، التي يتم اتخاذ أعمال قانونية عليها، بحيث يتشكل لدى الناظر إليها أنها تولد حقاً بحسب المآل أو بحسب الحال، هو حق الملكية.

بل إن الغالب في الحياة العادية أن يندمج الحق في محله فيطلق الحق أحياناً على المحل ويشار للمحل على أنه الحق في حين أن الحق يعلو المحل ويسيطر عليه ، ولكن وبخداع نظر يحصل نوع من تفاني الأمرين بعضهما في بعض.

فأنت تقول هذه سيارتي، بدلاً من أن تقول هذا المنقول هو المحل المادي لحق الملكية الخاص بي.

أيا ما كان الأمر ، فهذا المجموع الواقعي، بالمعنى السابق- والصادر من الخصوم، هو المادة الأولية الأساسية التي تطرح على

القاضي حاملة نزاعا يراد فضه بإعمال حكم القانون عن طريق إنزال الحماية القضائية على المركز المتنازع عليه، بحيث يعود التطابق بين المراكز الموضوعية والمراكز القانونية عليها، وبالتالي تعاد الفعالية للقواعد الموضوعية التي حدث الإخلال بها قبل صدور الحكم القضائي.

٥-ولا يخفى على فطنة القارئ أن هذا الموضوع الخاص بالوقائع وإثباتها هو موضوع شائك ومليء بالتفاصيل والشروح والمراجع فيه متعددة مثال ذلك وبصفة أساسية:

- Vin cent et guinchard . Précis I ed .20 P. 250 ets.

- Jacque Normand le jujge et le litige. thése 165. Lille

- Motulsky. Etudes et Ecrits de droit .J.P. 1972.

- نبيل عمر . سلطة القاضي التقديرية ١٩٨٤. القسم الثاني.

- وجدي راغب . نظرية العمل القضائي ١٩٧٤.

- Aubri et Rau. T.5. droit civil.

وبعد طرح الوقائع يتم فرزها واستبعاد غير المنتج منها. ويستكمل القاضي بوسائل متعددة النقص الذي قد يوجد في مجال الوقائع، إلا أنه يستطيع عن طريق أدلة الإثبات التي أجاز القانون له اتخاذها أو الأمر باتخاذها من تلقاء نفسه أن يستكمل الوقائع الناقصة، فأدلة الإثبات في رأينا ما هي إلا الوسائل القانونية التي أتاح بها القانون للقاضي أن يفلت من سيطرة الخصوم على مجال الوقائع ، لكي يحقق العدالة ويمنع التواطؤ.

وليس في ذلك افتئات على مبدأ سيادة الخصوم، فهو محفوظ كاملا لهم، لكن في نفس الوقت لابد من منع التواطؤ، وإحقاق الحق، بمنح الفرصة للقاضي لطرح النزاع كاملا غير منقوص.

فإذا بان لديه أن هناك وقائع منقوصة يأبى الخصوم عن النهوض

بعبء الإدعاء بها، فله استكمالها عن طريق الأمر باتخاذ أدلة الإثبات مع ما يترتب على ذلك من آثار عند الامتناع عن القيام بها من جانب الخصوم.

٦- بعد الإدعاء بالوقائع ، وإثباتها يقوم القاضى بالتقرير القضائى لنطاق النزاع، ثم يعكف على تقديره قانونيا ، وينتهى به هذا التقدير إلى إعطاء النزاع تكييفا قانونيا ، تمهيدا لإعطاء النزاع الوصف القانونى الذى يدرجه فى مفترض قاعدة قانونية تستجيب له وبالتالى انطلاق الأثر القانونى الكامن فى ذات القاعدة لحكم النزاع وحسمه بالحكم القضائى.

ويرجع فى التكييف القانونى ، وبحث القاضى عنه، والاهتداء إليه ، ثم إعماله وأثر ذلك، وارتباط آثار القاعدة المطلوب إعمالها بمفترضها ارتباطا لا يقبل الفصم. إلى المراجع التالية:

- FRANCOIS .Terre, La qualification et l'enfluence de la volonté individuele .

- Vincent Précis, ed 19.350.

- Motulsky. Réalisation Methodique de droit privé. These Paris 1947.

- نبيل عمر . سلطة القاضى التقديرية منشأة المعارف ١٩٨٤.

بالحكم القضائى يكون القاضى قد أنزل الحماية القضائية على المركز المطلوب حمايته، سواء كانت هذه الحماية موضوعية متعلقة بأصل الحق، أم حماية وقتية متعلقة بالإجراءات التحفظية المتعين اتخاذها لدرء الخطر الداهم الذى يتعرض له هذا الحق قبل الحصول على الحماية الموضوعية لأنها لم تطلب بعد، أو لأنها طلبت ولكن لم يفصل فيها بعد، أو لأن أصحاب الشأن يكتفون من الحماية القضائية بجانبها الوقتى دون الموضوعى.

ومن البديهى أنه قبل صدور الحكم يتم حجز القضية للحكم . وهذا ما يسمى بقفل باب المرافعة. وبه تنتقل القضية من حيازة الخصوم إلى حيازة القضاء. ويقف مبدأ سيادة الخصوم عند هذا الحد. ولكن ورغم قفل باب المرافعة لا مانع يحول دون قبول مستندات جديدة بشرط احترام حقوق الدفاع . كذلك لا مانع من مراعاة فتح باب المرافعة بشروط، بل إن فتح هذا الباب قد يكون إجباريا كوفاة أو إقالة أو استقالة بعض القضاة الذين سمعوا المرافعة قبل النطق بالحكم . فمثل هذه الحالات تستوجب فتح باب المرافعة.

٧- والأحكام التى يتصور صدورها فى القضية الواحدة تتعدد من حيث الوصف ومن حيث المضمون ومن حيث الآثار. ومن الطبيعى أنه بعد قفل باب المرافعة تتم المداولة ثم ينطبق بالحكم فى الجلسة المحددة لذلك ويعتبر الحكم قد صدر من تاريخ النطق به.

ويلاحظ أن لحظة صدور الحكم تختلف عن لحظة بدء ميعاد الطعن فيه فى بعض القوانين، فميعاد الطعن فى الأحكام يبدأ فى القانون المصرى كقاعدة من تاريخ صدوره، وأحياناً من تاريخ إعلانه، وأحياناً أخرى من تاريخ واقعة معينة يحددها المشرع، وفى القانون المقارن يبدأ ميعاد لطعن كقاعدة عن تاريخ الإعلان ، وأحياناً من تاريخ صدوره.

وسنعالج فيما يلى الصور المختلفة للحكم القضائى ثم نحدد أنواع الأحكام القضائية ومضمونها وأثرها على سلطة القاضى وآثارها الموضوعية والإجرائية.

٨- تعدد صور الحكم القضائى ، الصادر فى نزاع، بحسب الزاوية التى ينظر إليه منها. وقبل استعراض هذه الصور نود أن نكرر عمداً أن القاضى ودوره فى الحكم لا يفعل أكثر مما كان يجب على الخصوم فعله فيما لو انصاعوا رضائياً لتطبيق القانون فيما بينهم.

وصور الأحكام تتعدد بحسب زاوية النظر كالتالى:

أ- بالنسبة لغياب الخصوم أو حضورهم هناك أحكام حضورية وأحكام غيابية ولكل نظام مختلف فى الطعن.

ب- بالنسبة لإنهاء أو عدم انتهاء الخصومة هناك أحكام منهية لكل الخصومة وأحكام لا تنتهى بصدورها الخصومة . ولكل نظام مختلف فى الطعن المباشر أو الطعن مع الحكم المنهى للخصومة.

جـ- حيازة الحجية: هناك أحكام تحوز الحجية وأحكام لا تحوزها. وهذا يؤثر فى إمكانية إعادة رفع الدعوى مرة ثانية أو عدم إمكانية ذلك.

د- من حيث حيازة قوة الشئ المقضى وعدم حيازتها، وهذا يؤثر فى طرق الطعن العادى وغير العادى كذلك يؤثر فى القوة التنفيذية للأحكام التى تقبل التنفيذ الجبرى.

هـ- من حيث القطعية وعدم القطعية. هناك أحكام قطعية وأحكام غير قطعية. وهذه الأخيرة تنقسم إلى أحكام تمهيدية وأحكام تحضيرية والأحكام القطعية لا تحوز الحجة إذا لم تكن فاصلة فى الموضوع .كما سنرى من بعد، ولكنها فى كل الأحوال تستنفذ ولاية القاضى .

و- من حيث صدورها فى الموضوع أو قبل الفصل فى الموضوع فإنها تنقسم إلى أحكام حاسمة للموضوع كله أو بعضه أو أحكام صادرة قبل الفصل فى الموضوع تنهى الخصومة كلها أو بعضها ، أو تنهى أو تؤيد عمل إجرائى على حدة.

ز- ومن حيث أثرها على الحق الموضوعى فهناك أحكام مقررة وأخرى منشئة وثالثة بإلزام، كما أن هناك أحكام لا تمس الحق الموضوعى فى ذاته وإنما تقتصر على اتخاذ إجراء وقتى أو تحفظى أو تدبير احترازى دون أن تكسب حقاً أو تهدره.

ح- ومن حيث الصلاحية للطعن فيها تنقسم الأحكام إلى أحكام ابتدائية

سواء كانت صادرة فى الموضوع أو فى مجرد تدبير احترازى أو كانت وقتية كما أن هناك أحكاما نهائية لا تقبل الطعن العادى فيها أيا كان مضمونها كما أن هناك أحكاماً باته لا تقبل الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن.

وإلى جانب هذه التقسيمات، يوجد غيرها وهى تعدد وتختلف بحسب وجهة النظر التى ينظر إليها منها.

٩- والأحكام الصادرة فى الموضوع يقصد بها ذلك الحكم الذى يحسم النزاع على موضوع النزاع ذاته، سواء كان هذا الموضوع هو أصل الحق الموضوعى الخاضع للقانون الموضوعى ذاته، وسواء كان هذا الحسم كلياً أو جزئياً.

وقد يكون موضوع النزاع مجرد طلب، إجراء وقتى أو تحفظى أو احترازى ، وقد يصدر حكم بالإجابة أو بالرفض لكل أو بعض المطلوب.

والحكم الصادر فى الموضوع يقوم عن طريقه القاضى بإعمال القاعدة القانونية الموضوعية أو الإجرائية التى يستجيب مفترضها للمجموع الواقعى المطروح عليه بواسطة الخصوم. لأن هذه الاستجابة تقتضى حتماً إعمال الأثر القانونى لهذه القاعدة على معطيات النزاع المادية التى تم طرحها وإثباتها بمعرفة الخصوم.

والحكم الصادر فى الموضوع ، كله أو جزء منه، حينما يكون هذا الأخير هو أحد الحقوق المتولدة من أحد فروع القانون الخاص يحوز حجية الشئ المقضى به، بمعنى أنه يتعين على جميع المحاكم احترام مضمونه ويتعين على الأفراد عدم رفع الدعوى القضائية بذات النزاع السابق الفصل فى موضوعه بحكم مرة ثانية، لأن الحجية تستنفذ فى آن واحد ولاية القاضى وحق الخصوم فى الدعوى. فبعد صدور مثل هذا الحكم يكون الخصوم بلا دعوى قضائية لحماية هذا الحق من ذات الاعتداء السابق حسمه، لأن الدعوى شرعت لحماية هذا الحق مرة واحدة

فقط من ذات الاعتداء. حتى لا تتأبد الإجراءات أمام المحاكم . ولأن الحكم القضائى صدر فى الموضوع فقد أبان الحقيقة ولا توجد حقيقة أخرى تحتاج إلى بيان . فلا توجد دعوى ثانية أو ثالثة تمنح للخصم لحماية ذات الحق من ذات الاعتداء سابق حمايته.

ويمكن التظلم من هذا الحكم لعيب فى الإجراءات يؤدى إلى بطلانه أو انعدامه، لأن الحكم لا يكون كذلك إلا لعيوب إجرائية فقط، كما يمكن التظلم منه لعدم عدالته أى لعيب فى تقدير الوقائع أو الخطأ فى تطبيق القانون. وهذا التظلم يتم عن طريق الطعن. والطعن فى الأحكام ليس دعوى مبتدأة ، والنزاع الذى يعرض على محاكم الطعن يعرض على محاكم الطعن فى صورة حكم يتشكى منه، وأمام قاضى له صفة قاضى أول درجة ولو كانت أول درجة هى التى أصدرت الحكم الطعين، مثال ذلك الطعن بالتماس إعادة النظر أو الطعن بالمعارضة فى الحكم الغيابى، وسنعود إلى شرح هذه المسألة فى المستقبل .

١٠- وبناء على ما تقدم فالحكم فى الموضوع - حينما يكون هذا الأخير هو مسألة من مسائل القانون الخاص . إذ يجوز الحجية فهو فى ذات اللحظة يستنفذ الولاية. والأولى تلعب وظيفتها خارج نطاق الخصومة التى صدرت فيها . أى يحتج بالحكم بعد انقضاء هذه الخصومة ، لأن مجرد صدور الحكم فى الموضع يتم به استهلاك الخصومة، فلم يعد لها لزوم ولا حاجة، فقد أفرزت الحكم وهذا هو الهدف الطبيعى الذى تنتهى هى بالوصول إليه.

ليس هذا فقط بل أن دور الحكم فى الموضوع يؤدى أيضا إلى استهلاك الحق فى الدعوى وهذا الاستهلاك هو أثر من آثار النطق بالحكم وقيام الحجية ، فلم يعد للمحكوم له حق فى دعوى تحمى ذات الحق الذى حكم له به، فقد تمت حمايته بالحكم الصادر ، والأصل أن الحق لا يحمى ضد اعتداء واحدا إلا مرة واحدة، زوال الخصومة وزوال الحق فى الدعوى هى إذن آثار تترتب على واقعة حددها المشرع وهى النطق

بالحكم القضائى سواء كان صحيحا أم باطلا . مع ملاحظة أن زوال الحق فى الدعوى يتولد من واقعتين مرتبطين همـا: النطـق بـالحكم حيازتـه للحجية.

ولما كان للحجية وظيفة تلعبها بالحتم خارج الخصومـة، لأنـه لا يتصور وجود خصومة بعد صدور الحكـم الموضوعـى ، سـواء كـان صادرا فى كل الحق المطالب به، أو فى جزء منـه، فـزوال الخصومـة يكون كاملا فى الحالة الأولى، وبقدر الجزء من الموضوع المحكوم فيـه فى الحالة الثانية، ويكون أثرا لحيازة الحكم لحجية الشـئ المقضـى بـه. وبالتالى فوظيفة هذه الأخيرة يتم أدائها خارج الخصومة.

ومن جهة أخرى فذات هذا النـوع مـن الأحكـام الصـادرة فـى الموضوع يستنفذ ولاية القاضى ، فلا يستطيع الرجوع فيها. وإذا كان هـذا القاضى يستنفذ ولايته بالنسبة لجميع الأحكام القطعية ولو كـانت صـادرة فى مسألة إجرائية ، فمن باب أولى فإنه يستنفذ هذه الولاية حينما يصـدر أحكام قطعية فى الموضوع. وذلك فى رأينا يعتبر أمرا منطقيـا لأن هـذه الطائفة الأخيرة من الأحكام تستنفذ الحق فى الدعوى فـى الحـدود التـى صدر فيها هذا الحكم ، كما تستهلك الخصومة باعتبارها كتلة الإجـراءات الموصلة لصدور هذا الحكم ، وحيث لا توجد خصومـة فلـن يوجـد أى مجال لحركة القاضى لأعمال نشاطه عن طريق العودة إلى تعديـل مثـل هذه الأحكام. كما أن نظرية سقوط المراكز الإجرائية التى تهدف إلى عـدم تأييد المراكز الإجرائية والانتهاء من نظر النزاع فى وقت معقول ونفقـات معقولة تحصنا على وضع سقوف زمنية للانتهاء من نظر النزاع بأسـرع وقت .

كل هذه الاعتبارات ، وغيرها من ضرورة اسـتتباب المعـاملات تحول بين القاضى وبين إعادة النظر فيما سبق الفصل فيه.

١١- وكل حكم موضوعى حاز حجية الشئ المقضى به فإنه يكون

قد استنفذ ومن قبل ولاية القاضى . وهذه الأخيرة تستنفذ أول بأول خلال سير الخصومة، فكل حكم موضوعى صادر من القاضى يكون قد استنفذ ولايته بصدده، أى وكأنه فقد ولاية القضاء ولم يعد قاضيا له ولاية نظر هذا الموضوع بعد الحكم فيه. وعلى ذلك ففكرة استنفاذ الولاية تمارس أولا داخل الخصومة وبمجرد صدور الحكم القطعى. فإذا كان هذا الأخير صادر في موضوع من مواضيع القانون الخاص، وحيث أنه يحوز الحجية بمجرد صدوره ، وحيث أن حيازته للحجية يؤدى إلى استهلاك الحق فى الدعوى واستهلاك الحالة القانونية للخصومة، وحيث يجتمع استنفاذ الولاية مع حيازة الحكم للحجية، فيكون من الطبيعى أن استنفاذ الولاية يكون منطقيا وضرورة وسابق على حيازة الحكم للحجية.

ومن جهة أخرى فإن استنفاذ الولاية يعتبر وضع طبيعى لعدم وجود خصومة بعد صدور الحكم الموضوعى،حيث أن هذا الأخير يستهلك هذه الخصومة، وبالتالى لن يستطيع القاضى، حيث أن أراد على سبيل الخطأ تعديل الحكم لعدم وجود خصومة يمارس من خلال إجراءاتها هذا التعديل.

وفى كلمة واحدة يتم استنفاذ ولاية القاضى عندما يصدر أى حكم قطعى سواء كان هذا الأخير صادرا من الموضوع المتولد من أحد فروع القانون الخاص. أم كان متعلقا بمسائل إجرائية أو صادرا قبل الفصل فى الموضوع، كعدم قبول ، أو قبول ، وكعدم اختصاص أو اختصاص. مثل هذه الأحكام تعد أحكام قطعية صادرة قبل الفصل فى الفصل فى الموضوع تستنفذ ولاية القاضى . بمعنى أنه لا يستطيع الرجوع عنها بعد صدورها، أو التعديل فيها وذلك إعمالا لنظرية سقوط المراكز الإجرائية عن طريق هذا الحكم القطعى بغية الانتهاء من المنازعات وحسمها قضائيا.

فإذا كان هذا الحكم غير صادر فى الموضوع، فإنه يستنفذ فقط ولاية القاضى، ولكنه لا يجوز الحجية، لعدم وجود موضوع تم حسمه، وبالتالى لا تعمل الحجية مفاعلها وآثارها عليه، فالحكم القطعى فى مسألة

اجرائية لا يجوز الحجية، لأنه لا يوجد موضوع ثم حسمه كليا، أو جزئيا غاية الأمر فكل ما هناك هو محض مسألة اجرائية ثم حسمها بصفة قطعية لا رجوع فيها. ومن هنا قلنا ونقول أن استنفاذ الولاية يعمل داخل إطار الخصومة التى تظل قائمة رغم صدور الحكم القطعى فى بعض الحالات. وبقاء الخصومة هنا ضرورى لبقاء الحكم القطعى لأنه يقوم بناء على إجراءاتها ، لأن هذه الخصومة قد لا تزول نتيجة صدور هذا الحكم الأخير . مثال ذلك الحكم بالاختصاص ، الحكم ببطلان ورقة، الحكم بقبول تدخل، فى كل هذه الحالات نواجه بأحكام قطعية، بصدورها تم سقوط مراكز إجرائية كانت تشكك فى مسألة الاختصاص ، أو القبول ،أو التدخل بعد صدور الحكم فيها تم حسمها، فصار وضعها قطعيا بزوال الشك فيها، فلم يعد هناك مراكز إجرائية يتم النضال عليها. فيكتسب الحكم الصادر صفة القطع بصددها. ومؤداها عدم جواز تعديله داخل هذه الخصومة بعد صدوره ، لهذا ففكرة استنفاذ ولاية القاضى لها وظيفة داخلية تلعبها بجدارة داخل ذات الخصومة الصادرة فيها. ومن ناحية أخرى ، فقد تزول الخصومة ليس كنتيجة مباشرة لصدور الحكم القطعى وإنما كنتيجة غير مباشرة لذلك. كأن كان هذا الحكم هو الإجراء المنهى لهذه الخصومة، مثال ذلك الحكم الصادر ببطلان صحيفة الدعوى ، الحكم الصادر باعتبار الخصومة كأن لم تكن، الحكم بعدم القبول ، الحكم بعدم الاختصاص. زوال الخصومة فى مثل هذه الحالات يكون نتيجة لحكم قطعى يستنفذ ولاية القاضى. ورغم ذلك فمثل هذه الأحكام القطعية الصادرة فى الإجراءات لا تكون حائزة لحجية الشئ المقضى به لعدم وجود موضوع متولد من القانون الخاص ثم حسمه بها.

١٢- ولكن هل يوجد معيار محدد يمكن بناء عليه معرفة للوهلة الأولى أن هذا الحكم قطعى وهذا الحكم غير قطعى يمكن العدول عنه وتغييره. فى الواقع هذا المعيار غير معروف حتى الآن، ولا توجد دراسات تتناول هذا الموضوع على وجه خاص إلا ما ندر.

- أبو الوفا الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع. رسالة الإسكندرية ١٩٤٩.

- محمد إبراهيم الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع١٩٨٧

- أحمد مسلم . أصول المرافعات ١٩٨٧.

ومع ذلك فالمسألة تحتاج إلى دراسة واجتهاد ولا تتحمل الاستبعاد من نطاق البحث فهذا النطاق هو مكنهما وملاذها. لا شك أنه إذا وجد نص يحدد طبيعة الحكم فيجب الأخذ به كمعيار لتحديد قطعية الحكم محل البحث، مثال ذلك إذا وجد نص يجيز للقاضى إمكانية تعديل قراراه السابق إصداره، أو الرجوع فيه، فى مثل هذه الحالات يكون الحكم غير قطعى.

مثال ذلك الأحكام الواردة فى مسائل الإثبات كطلب لاستماع إلى اليمين المتممة، أو طلب سماع شاهد، أو طلب الإحالة إلى خبير . فإذا صدرت أحكاما من هذا القبيل، فإن القاضى يكون له العدول عنها وسحبها أو تعديلها.

أما فى غير الأحوال التى يوجد فيها مثل هذا النص، فنرى أنه يجب البحث فى كل حالة على حدة ، لمعرفة مدى كون الحكم يعتبر قطعيا أو غير قطعيا . ويمكن القول بناء على الملاحظة العامة فى قوانين الإجراءات بأن جميع الأحكام الصادرة فى مسألة الاختصاص سواء كانت إيجابية أو سلبية أى بالاختصاص أو بعدمه تكون جميعها أحكاما قطعية حيث أنها تتمشى بذلك مع فكرة السير المضطرد نحو الأمام بهدف الفصل فى النزاع بحكم حاسم لأصل الحق. كما أن ذلك القول يتمشى أيضا مع فكرة سقوط المراكز الإجرائية، حيث يتعين الانتهاء من حسم المركز الإجرائى الخاص بالاختصاص أولا وقبل كل شئ لإيجاد محكمة مختصة بنظر النزاع.

كذلك جميع الأحكام الخاصة بقبول أو بعدم قبول الدعوى أو الطعن أو الدفع، أو الطلب تكون كلها أحكاما قطعية لأنه لابد من حسم هذه

المسألة حتى تستطيع المحكمة نظر موضوع النزاع حتى تنزل حكم القانون على المركز المتنازع عليه. ويمكن بناء على هذا القول على ذات فكرة سقوط المراكز الإجرائية أيضا . حيث أن المركز الإجرائى الخاص بالقبول يجب حسمه بأسرع وقت وبدون تردد لمعرفة هل الإدعاء المطروح على المحكمة مقبول أم لا.

وذلك حتى يمكنه توصيل العدالة وبسرعة إلى المتقاضين.

ومن جهة ثالثة فالأحكام الصادرة أثناء سير الخصومة والتى تدفع الحركة فيها، كأحكام البطلان حينما يوجد إجراء باطل ، والأحكام الصادرة فى الدفوع بأنواعها المختلفة، والأحكام الصادرة فى طوارئ الخصومة والتدخل والاختصام والوقف والانقطاع والسقوط والترك والتقادم. كل هذه الأحكام تعتبر أحكام قطعية صادرة قبل الفصل فى الموضوع لا تحوز حجية ولكنها تستنفذ ولاية القاضى للمبررات السابق الإشارة إليها وهذا الكلام يصدق على جميع درجات وطبقات المحاكم .

إذن فالغالبية العظمى من الأحكام السابقة على الفصل فى الموضوع هى أحكام قطعية، لا تحوز الحجية. كما أنه سبق القول بأن جميع الأحكام الصادرة فى الموضوع هى أحكام قطعية حائزة لحجية الشئ المقضى به.

إذن يقتصر نطاق الأحكام غير القطعية على بعض الأحكام الصادرة فى مجال الإثبات. كحكم الإحالة إلى تحقيق، وحكم الإحالة إلى خبير، وحكم الاستماع إلى شاهد، وحكم توجيه يمين متممة، فكل هذه الأحكام غير قطعية، لا تستنفذ ولاية القاضى الذى أصدرها ، فهو يستطيع العدول عنها وإبطال مفعولها. لماذا؟ لأنها تبتعد عن فكرة سقوط المراكز الإجرائية ، ولا تؤثر فى تحديد اختصاص محكمة، أو شروط قبول الدعاوى والطلبات أو فى سير الخصومة، أو فى عوارضها ، بل هى تؤثر فى مسائل الإثبات، والأصل أن عبء هذه الأخيرة يقع على عاتق الخصم ، فذلك الأخير ملزم الإدعاء هذا الإدعاء ينقسم إلى إدعاء بالوقائع

التي تحمل الحق المدعى به ، والالتزام بالإثبات أى إثبات هذه الوقائع.

ولا شأن للقاضى بهذين الأمرين وإلا يكون قد قضى بعلمه الشخصى. وحتى حينما أراد المشرع أن يجدد فى الدور السلبى للقاضى ويوسع دوره فى مسائل الإثبات، وأناط به أن يأمر من تلقاء نفسه ودون طلب من الخصوم بإجراء إثبات معين، لم يشأ أن يجعله ملزما بقراره حتى النهاية . أجاز المشرع له العودة فى هذا القرار مما يفصح عن أن حكمة فى مسائل الإثبات غير قطعى لا يستنفذ به ولايته، لأن بقاء هذه الولاية هو الذى مكنه من الرجوع عن هذا القرار، كما أن الحكم باتخاذ إجراءات الإثبات لم يؤثر على الخصومة ، فبقيت بالقدر اللازم لممارسة عدول القاضى عما قضى به .

والمشرع فى ذلك باتباع هذا المسلك يعود إلى الوضع الطبيعى وهو ترك مسائل الإثبات فى جانب الخصم له أن يفعل أو ألا يفعل ما يراه بشأنها، فهو صاحب الحق وهو الذى سوف يتحمل مغبة الإخفاق عند الفشل فيه.

من هنا نفهم لماذا جعل المشرع حكم القاضى فى هذا المجال غير قطعى وكيف أنه حيث يتعلق الأمر بالإثبات ففى هذا النطاق نتواجد فى المكان الغنى بالأحكام غير القطعية.

١٣- وكان قانون المرافعات المصرى الصادر سنة ١٩٤٩ ومن قبله الأهلى والمختلط يعرضان تقسيما للأحكام غير القطعية يقسمها إلى أحكام تمهيدية، وأحكام تحضيرية وكان الفارق بينهما هو أن الأولى تشف عن اتجاه رأى المحكمة ، أما الثانية فلا تشف عن هذا الرأى . وكان يمثل لذلك بالأحكام التى تندب خبير التحديد المسئولية والتعويض . فكانت هذه الأحكام تعتبر تمهيدية فى الجزء الذى يوحى بأن المحكمة سوف تقرر المسئولية وكان الحمن يعتبر تحضيريا فى الحدود التى يتم فيها الإحالة إلى خبير لاستيفاء ما يلزم.

وكان لهذا التقسيم آثاره فيما يتعلق بالأثر الناقل للطعن وبالحق في التصدى الذى كان مقررا لمحاكم الاستئناف فى مصر قبل إلغائه ، ولم يعد لهذا التقسيم وجود فى قانون المرافعات المصرى الحالى .

والأحكام قد تكون مختلطة Mixt أى بها شق قطعى وشق غير قطعى : مثال ذلك الحكم الذى يقرر قيام المسئولية والإحالة إلى التحقيق لتقدير التعويض أو لتحديد مبلغ الضرر. هذا الجزء الأخير من الحكم يعتبر غير قطعى لأنه يتعلق بالإثبات، ويجوز العدول عنه، لأن سلطة القاضى لا يتم استنفاذها بمجرد صدوره ، فيستطيع ترك هذا الكلام والقيام هو نفسه بتقدير التعويض إذا وجد فى وقائع النزاع ما يكفى لذلك .

وقد تكون الأحكام اتفاقية jugement d'expedient أى يتفق الخصوم على تصوير اتفاق تم بينهم على صورة نزاع يطرح على القضاء بهدف اثباته فى ورقة رسمية هى الحكم القضائى، وأيا كان الخلاف الدائر بين الفقهاء فى مثل هذه الحالة حول ما إذا كان هذا الأمر يعتبر حكما قضائيا صادرا حائزا لحجية الشئ المقضى مستنفذا لولاية القاضى ويعتبر مثل هذا الحكم بمثابة تصرف قانونى إجرائى.

١٤- حجية الشئ المقضى به ، قوة الأمر المقضى به ، بتية الأحكام.

سبق القول بأن الأحكام الصادرة :

١- فى كل الموضوع المتعلق بفرع من فروع القانون الخاص بالمعنى الواسع أو الأحكام الموضوعية فى الأحوال الشخصية .

٢- فى جزء من الموضوع فى مسألة متفرعة عنه، فى مسألة متولدة منه.

هذه الأحكام هى فقط التى تحوز حجية الشئ المقضى به حينما يصدر فيها حكم قضائى بما للقاضى من سلطة قضائية .

أما الأحكام الصادرة فى مواضيع أخرى فلا حجية لها وإن كانت تستنفذ ولاية القاضى حال كونها قطعية .

والحكم القطعى غير الفاصل فى الموضوع لا يحوز حجية حتى وإن كان صدوره يستوجب فحص أو بحث مسائل متعلقة بالموضوع.

مثال: المحكمة الجزئية التجارية أو محكمة العمال قبل أن تقضى باختصاصها تفحص طبيعة النزاع لمعرفة كيفية تحديد اختصاصها بنظر النزاع. ثم يحكم فى مسألة الاختصاص، هذا الحكم لا يجوز الحجية رغم ذلك يظل حكما قطعيا رغم أنه استشف بعض عناصر الموضوع لتحديد اختصاصه لأنه رغم هذا الاستشفاف إلا أنه لم يحسم نزاعا موضوعيا . فلا يحوز بالتالى حجية الشئ المقضى به ولا يكتسب آثارها .

كذلك شاع فى الفقه أن بعض الأحكام القضائية تكون له حجية مؤقتة، تزول إذا حدثت أمور تؤدى إلى زوالها، وتبقى إذا لم تحدث هذه الأمور. والحقيقة أن فكرة الحجية تقوم على مبدأ التأقيت. وهذا هو ما لم يلتفت إليه أحد رغم بساطته ، ويقصد بالتأقيت بقائها لمدة محددة ثم تزول تاركة المكان لغيرها من صياغات القانون الإجرائى ،لتحقيق أهداف معينة كما سنرى حالا.

فصدور الحكم فى الموضوع أو فى شق منه يعطينا حكم قطعى حائز للحجية وذلك إذا كان صادرا فى النصاب الابتدائى أمام أول درجة، سواء كانت محكمة جزئية أو ابتدائية ويقصد بالنصاب الابتدائى القيمة المحددة للدعوى بحيث يكون الحكم الصادر فيها قابلا للاستئناف ومع ملاحظة أن أحكام محكمة الاستئناف لا تحوز حجية وإنما تحوز قوة الشئ المقضى على ما سنراه حالا.

وبناء على ما تقدم فالحكم الموضوعى الصادر من أول درجة فى حدود النصاب النهائى . لا يحوز حجية وإنما يكون من تاريخ صدوره حائزا لقوة الأمر المقضى به، ويقصد بالنصاب النهائى قيمة الدعوى الذى

يمتنع عنده الطعن فى أحكامها بالاستئناف : وقد يكون المنع راجعا إلى نص القانون أو إرادة الخصوم.

وكل ذلك يختلف عن نصاب محاكم الدرجة الأولى قيميا بنظر النزاع الذى يحدده القانون ويوزع بمقتضاه الاختصاص قيميا على طبقات المحاكم .

فى كلمة واحدة الحكم الابتدائي وحده هو الذى يحوز الحجية بالمعنى وبالمواصفات المشار إليها سابقا.

فإذا قضت مدة الطعن بالاستئناف دون طعن، أو إذا قبل المحكوم عليه الحكم وفوت الميعاد، أو إذا كان قابلا للحكم قبل صدوره، أو كان قد أسقط بأى شكل حقه فى الطعن، صار الحكم أو صدر حائزا لقوة الأمر المقضى.

١٥- وقوة الأمر المقضى هى صفة للحكم القضائى وهى ليست من عناصره المكونة وليست من شروط صحته . ومصدرها المباشر هو القانون ، كما أنها تجد مصدرها فى سلوك الخصوم، وتهدف إلى تزويد الحكم بقوة تسمح بتنفيذه جبريا إذا كان مما يقبل التنفيذ الجبرى . كما تسمح بشروط معينة بأخذ حق اختصاص بناء عليه، وبتحويل مدة التقادم من قصير إلى تقادم طويل ، وهذا ما لا تفعله الحجية.

قوة الأمر المقضى تجعل الحكم قابل للتنفيذ الجبرى- إذا كان بإلزام- رغم احتمال الطعن بالالتماس إذا كان صادرا من أول درجة، ورغم احتمال إلغائه إذا كان صادرا من محكمة الاستئناف بالالتماس أو بالطعن بالنقض إذا توافر فيه سبب من أسباب هذا الطعن أو ذلك.

قوة الأمر المقضى فكرة وظيفية تجعل الحكم له صفات ما كانت توجد لو كان هذا الحكم حائزا فقط لحجية الشئ المقضى به .

فوات ميعاد الطعن مع عدم الطعن، أو سقوط الحق فى الطعن

عموما أو سقوط الخصومة أمام محكمة الاستئناف يجعل الحكم الابتدائي حائزا لقوة الأمر المقضى.

حجية الشئ المقضى به ، حياتها قصيرة، مرتبطة بميعاد الطعن بالاستئناف وما إذا كان قد طعن فيه بهذا الطريق أم لا. هذا ما لم يكن الحكم من الأصل غير قابل للطعن.

وإذا كان الحكم الابتدائي قابلا للطعن، ورفع الطعن صحيحا وفي الميعاد، وأثناء قيام الطعن، أمام الدرجة الثانية، فأين تكون الحجية وما هو مصيرها. بالقطع فى هذه المرحلة لا تزول الحجية فهي قائمة نشطة فعالة، دليل ذلك أنه لا يجوز إعادة طرح ذات النزاع مرة ثانية بدعوى جديدة أمام أول درجة ، فإن حصل سيتم الدفع بعدم القبول لسبق الفصل فى النزاع. وللمحكمة إثارة ذلك من تلقاء نفسها. بل أن بعض القوانين تجيز الدفع بالإحالة للارتباط من أول درجة إلى الدرجة الثانية . فبقاء الحجية فى حالة نشاط أثناء الطعن وقبل الفصل فى موضوعه يعتبر لدى الجمهور بقاء " موقوف" أى حجية موقوفة يقصد بالوقف، وقف أثرها عن ترتيب آثار الحكم الموضوعية على المركز الموضوعى المفصول فيه من أول درجة . هذا المركز الموضوعى لا يمكن الاستفادة منه إلا بعد الفصل فى الاستئناف المرفوع. وإلى ما قبل هذا الفصل تقف الحجية عن تحديد من هو صاحب الحق ومن هو خصمه.

١٥- مكرر فإذا ما فصلت محكمة الاستئناف فى الطعن ففصلها بأخذ واحد من الأشكال الآتية:

١- أن يحكم بعدم اختصاصها بنظر الطعن.

٢- أن تحكم بقبول الطعن أو بعدم قبوله.

٣- أن يحكم ببطلانه أو بصحته.

٤- فى الموضوع أما أن تؤيد الحكم المطعون فيه.

٥- أما أن تلغيه وتحيل لأول درجة.

٦- أو تلغى وتنظر الموضوع بما للاستئناف من أثر ناقل.

أ- فإذا حكمت محكمة الاستئناف بعدم الاختصاص والإحالة وفقا للمادة ١١٠ مرافعات، بقي الحكم الطعين حائزا لحجية الشئ الموقوفة، أما حكم عدم الاختصاص والإحالة فهو حكم قطعي غير حائز لقوة الأمر المقضي لأنه لا يفصل في الموضوع ويقبل الطعن استثناء بالنقض ومباشرة قبل صدور الحكم في الموضوع (مادة٢١٢ مرافعات مع تعديل القانون ٢٣ لسنة١٩٩٢) ، وذلك إذا كان صادرا عن محكمة الاستئناف العليا.

أما إذا حكمت محكمة الاستئناف بالاختصاص، فهذا حكم قطعي، غير حائز لقوة الأمر لعدم فصله في الموضوع ولا يقبل الطعن المباشر، لأنه لا ينهى كل الخصومة ، ويظل الحكم الطعين قائما حائزا للحجية الموقوفة مانعا من رفع دعاوى مبتدأة أمام أول درجة.

ب- أما إذا حكمت الدرجة الثانية بعدم القبول لأى سبب ، وكان ميعاد الطعن ما زال ممتدا، فيظل الحكم الابتدائي قائما حائزا للحجية، لأن ميعاد الطعن ما زال قائما ، فإذا ما تم استكمال مقتضى القبول الناقص ورفع الطعن من جديد فقد يحكم بالقبول أو بعدم القبول ففى الفرض الأول تبقى الحجية قائمة موقوفة ، وفى الفرض الثانى أى إذا حكم مرة ثانية بعدم القبول وكان ميعاد الطعن قد فات. وحيث أنه لا يوجد طعن مرفوع فإن الحجية تتحول من حجية موقوفة إلى قوة الشئ المقضى به وترتب آثارها . ويلاحظ أن الحكم الصادر بعدم القبول يقبل الطعن بالنقض، إذا كان صادراً من محكمة الاستئناف العليا.

جـ-أما إذا حكمت محكمة الدرجة الثانية ببطلان الطعن أو بصحته، فيجرى العمل القضائى فى مصر على أنه إذا حكم بذلك خلال ميعاد الطعن وكان الميعاد ما زال ممتداً، فإنه يجوز إعادة رفع الطعن من

جديد فى الميعاد بإجراءات صحيحة ويلاحظ أن الحكم ببطلان إجراءات رفع الطعن هو حكم منهى للخصومة فى مفهوم المادة ٢١٢ الواردة فى باب الأحكام العامة لطرق الطعن، وبالتالى يجوز الطعن فيه مباشرة بالنقض. ويلاحظ أنه فى خلال فترة الإعداد لرفع الطعن، من جديد يظل الحكم المطعون فيه قائما حائزا لمجرد حجية الشئ المقضى به، وهى حجية موقوفة ومؤقتة وذلك إذا كان صادرا من أول درجة .

د- أما الحكم الصادر من محكمة الدرجة الثانية بصحة إجراءات رفع الطعن من ناحية الشكل فمعناه بالنسبة للحجية هو بقاء حكم أول درجة حائزا لها، وبقائها مؤقتة، متوقف مصيرها على رأى محكمة الاستئناف الذى سيتضح بعد الحكم فى الطعن من الناحية الموضوعية. ويلاحظ أن الحكم بصحة إجراءات الطعن هو حكم فرعى صادر قبل الفصل فى الموضوع وبما أنه صادر من الدرجة الثانية ولم يفصل فى الموضوع فهو لا يحوز قوة الأمر المقضى لأنه لا يفصل فى الموضوع، وليس له حجية الشئ المقضى . وهو حكم غير منهى للخصومة فلا يقبل الطعن المباشر وفقا للمادة ٢١٢ مرافعات. وكل ما لهذا الحكم إنه يستنفذ ولاية المحكمة حيث أنه لا يفصل فى الموضوع.

هـ- وإذا نظرت محكمة الاستئناف الموضوع كليا أو جزئيا بعد إلغاء الحكم المطعون فيه ، فى الحالات التى تكون أول درجة قد استنفذت ولايتها بالفصل فيه، وبالنسبة لحجية الشئ المقضى به التى كانت لصيقة بحكم أول درجة فإنها تزول بزواله، وحين تنظر محكمة الاستئناف الموضوع الذى طرح عليها بما للاستئناف من أثر ناقل فإنها تصدر حكما قطعيا موضوعيا يوصف به الحكم. وأن مصدرها هو القانون، وأنها تعنى تزويد هذا الحكم بقوة خاصة تولد آثارها خاصة فى مجالات التنفيذ الجبرى ، تغيير مدة التقادم ، وأخذ حق اختصاص القابلية للطعن غير العادى ، عدم إجازة الطعن بذات

الطريق فى ذات الحكم مرة ثانية، وهذه القوة هى أيضا بقاء مؤقت متوقف على إما ولوج طرق الطعن غير العادية واستنفاذها، أو فوات ميعادها دون استنفاذها وبالتالى صيرورة الحكم باتا وصفة البتات هذه هى الصفة الدائمة التى تحصن الحكم ضد الطعن فيه بأى طريق عادى أو غير عادى ، كما تحفظ كل الأعمال التى تمت بناء على هذا الحكم كأعمال التنفيذ الجبرى.

و- كل هذا يتم فى الحالة التى يتم فيها إلغاء حكم الدرجة الأولى وصدور حكم جديد بدلا منه وعلى أنقاضه ومن محكمة الطعن وبناء على ذات المعطيات الأساسية التى كان قد صدر بناء عليها الحكم الملغى بالإضافة إلى ما سمح بتقديمه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . أما إذا تم إلغاء الحكم الطعين أمام الدرجة الثانية، ولم تفصل هذه الأخيرة فى الموضوع، لأن الأثر الناقل لا ينقل إليها أى موضوع تمت استنفاذ ولاية أول درجة بصدده. كما لو كان الطعن مثلا قد تم فى حكم صادر بعدم الاختصاص والإحالة. وتم إلغاء هذا الحكم ، فهنا وفى البلاد التى لا تعرف الحق فى التصدى، فإن الأثر الناقل لا ينقل أى موضوع يبقى بعد إلغاء الحكم الفرعى بعدم الاختصاص لكى تفصل فيه محكمة الاستئناف بحكم جديد.

هنا لا يوجد من الأصل أى كلام عن حجية موقوفة ، أو عن حجية ما من الأصل، لأن الحكم بعدم الاختصاص هو حكم قطعى، استنفذ ولاية أول درجة فى حالة الاختصاص، ولكنه لم يمس الموضوع، وبالتالى فلا حجية له من أى نوع.

هـ- مكرر – وكذلك الحال فى الفرض الذى تغفل فيه عن سهو أو خطأ غير عمدى محكمة الدرجة الأولى فلم تفصل فى بعض الطلبات الموضوعية ،بينما فصلت في البعض الآخر، الذى طعن فيه بالاستئناف . فإذا حصل وتم طرح جميع الطلبات السابق طرحها أول درجة وصدر فى بعضها حكم فى الموضوع، وتم إلغاء هذا الحكم من

الدرجة الثانية ، فلا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تعيد الفصل في الموضوع إلا في حدود ما طرحه عليها الأثر الناقل مما طرح على أول درجة وتمت استنفاذ ولايتها إزاءه. أما ما سهمت عنه أول درجة ولم تنظره، ولم تصدر فيه حكم، وبالتالي لا يوجد من الأصل أي مجال للكلام عن حجية الشئ المقضي حتى نصفها بأنها مؤقتة أو غير ذلك، فإن محكمة الاستئناف لا تمسه، ويعود الشأن به مرة ثانية إلى أول درجة .

و-مكرر – وكقاعدة عامة فإنه طالما فصلت أول درجة في الموضوع بشكل باطل، وكان الحكم قابلا للاستئناف فإن حجيته طوال نظر الاستئناف تظل قائمة موقوفة إلي أن يفصل في موضوعه بعد إلغائه من محكمة الاستئناف فيحل محل الحجية قوة الشئ المقضي التي تلتصق بالحكم الصادر من الدرجة الثانية.

ز- وعلى العكس مما سلف فإذا أيدت محكمة الدرجة الثانية الحكم الصادر في الموضوع المطعون فيه بالاستئناف، فإن هذا التأييد يولد وضعا جديدا يحل محل الحجية الموقوفة هو وصف القوة قوة الشئ المقضي به ، هذه القوة تلحق بالحكم الصادر من أول درجة الذي تم تأييده. وسبق القول أن محاكم الدرجة الثانية لا توصف كل أحكامها بهذا الوصف ، إلا إذا كانت صادرة في الموضوع لكن لا يوجد ما يمنع أن تصدر الأحكام في بعض الحالات من الدرجة الأولى ولها هذه الصفة، مثال ذلك إذا نص القانون على عدم قابليتها للاستئناف أو إذا اتفق الخصوم على ذلك، أو إذا كانت صادرة في حدود النصاب النهائي، وتظل هذه القوة لصيقة بالحكم ولكنها تكون قوة موقوفة هي أيضا لا تنطلق كل آثارها بشكل نهائي إلا بعد صدور الحكم المؤيد لحكم ثاني درجة من محكمة الطعن غير العادي إذا نص القانون على جواز مثل هذا الطعن، فإذا لم ينص فيكون حكم أول درجة بمجرد صدوره باتا.

فى هذا الفرض يقال أننا إزاء حكم موضوعى بات. وصفة البتية هى الصفة الدائمة للدلالة على قوة الأحكام الموضوعية وديمومة آثارها ، دون المخاطرة بالتنفيذ العكسى فى حالة إلغائها، لأن الحكم البات غير قابل للإلغاء لأن جميع طرق الطعن تكون مسدودة فى وجهة.

١٦- هذا هو معنى الحجية المؤقتة أو الموقوفة، وكنا قد انصرفنا إلى هذه الدراسة حينما أشرنا إلى أن بعض الفقه فى مصر يرى أن هناك بعض الأحكام القضائية له حجية مؤقتة(راجع بند ١٤ من هذا البحث) . وكان يصرف هذه الحجية إلى الأحكام الوقتية والأحكام الصادرة فى المواد المستعجلة. ويقصد بهذه الأحكام تلك الأحكام الصادرة باتخاذ تدابير مؤقتة أو إجراءات تحفظية نظرا لقيام خطر داهم يتعرض له أصل الحق من مصادر مختلفة تهدد هذا الحق الموضوعى فى قيامه ووجوده أو قيمته أو غلته، وحيث أن فى الانتظار حتى الحصول على حماية هذا الحق موضوعيا ما يؤدى إلى تجسيم المخاطر ، بحيث نكون مهددين بفقدان هذا الحق إذا لم تتخذ إجراءات المحافظة عليه.

وعلى ذلك فالحكم المستعجل أو الوقتى بهذه التدابير لا يؤدى بذاته ومنفردا إلى إكساب الخصم حقا موضوعيا، كما لا يؤدى بذاته إلى إهدار هذه الحقوق بل هو يساهم فى التحفظ عليها لحين حمايتها موضوعيا.

وعند افتقاد الحكم المستعجل أو الوقتى لأى محتوى متعلق بأصل الحق، فهو لا يحوز من الأصل حجية الشئ المقضى به، لأن هذه الحجية لا تعمل إلا فى مجال الحقوق.

ولعل ما يقصده الفقه بالحجية المؤقتة للأحكام المستعجلة أو الوقتية، هو أنه فى بعض الحالات لا يجوز إعادة رفع ذات النزاع المستعجل بذات عناصره مرة ثانية، وفى حالات مغايرة يجوز رفع ذات النزاع المستعجل مرة ثانية ورغم سبق صدور حكم فيه .

وتفسير ذلك يرجع إلى فكرة المراكز الإجرائية الشرطية أو الأحكام

الشرطية . بمعنى أن الحكم يظل باقيا طالما بقيت الظروف التى أدت إلى صدوره ، بحيث إذا أعيد رفع النزاع مرة ثانية فإنه يحكم بعدم قبولها.

ويمكن تأسيس عدم القبول على هذا سبق منح الحماية الوقتية بحكم سابق لم تتغير الظروف التى صدر فيها. ولا نتكلم هنا حجية الشئ المقضى به فقد سبق القول أنه لا يوجد أصلا حق متنازع عليه. ويحكم بعدم القبول بحالة الدعوى ، أى عدم قبول الدعوى بحالتها، فإذا تغيرت الظروف جاز إعادة رفع الدعوى المستعجلة أو الوقتية من جديد لأننا نكون إزاء واقع جديد يجعل من المقبول نظر الدعوى الجديدة من جديد.

١٧- والوضع بالنسبة لحجية الشئ المقضى وقوة الأمر المقضى بالنسبة للأحكام المطعون عليها بالاستئناف يحتاج إلى تفصيل حينما تستخدم هذه الأخيرة حقها فى التصدى. فمن المعروف أن الأثر الناقل للطعن بالاستئناف، أى الأثر الذى يحدد نطاق ما يتم طرحه على محكمة الدرجة الثانية كأثر لرفع الطعن، يكون قاصرا على الطعن فى الأحكام الصادرة فى الموضوع أو جزء منه.

أما الحق فى التصدى فيخول لمحكمة الدرجة الثانية سحب الموضوع الذى لم يفصل فيه بعد أمام أول درجة كأثر للطعن فى حكم فرعى، لكى تفصل فيه فصلا مبتدأ.

وعلى ذلك فننظر محكمة الاستئناف للموضوع بناء على الأثر الناقل Leffet devolutif d'appel يعنى انتقال الموضوع إليها عبر Travers حكم صادر فى الموضوع ، حائز للحجية وحجيته موقوفة، وسيرد على هذا الحكم واحدا من الأمور السابق معالجتها(راجع بند ١٥ مكرر).

أما إذا تصدت محكمة الاستئناف لنظر الموضوع واستخدمت حقها فى التصدى Le droit devocation فهى تسحب إلى مستواها العالى موضوعا بكرا لم يمس متعلقا بأصل الحق الموضوعى، وهى تسحب هذا

الموضوع رغما عن إرادة الخصوم ، فهم لم يطرحوه عليها، بل قد لا يريدون طرحه ويتم هذا السحب من خلال طعن فى حكم فرعى أنهى الخصومة وألغته محكمة الاستئناف، وهذه هى شروط التصدى وهى:

- أن يكون الطعن بالاستئناف واردا على حكم فرعى صادر قبل الفصل فى الموضوع.
- أن يكون هذا الحكم منهيا كل الخصومة أمام أول درجة.
- أن تلغيه محكمة الدرجة الثانية عند فحصه.

إذا توافرت هذه المقدمات، فإن محكمة الاستئناف لا تقف عند هذا الحد، بل يجب عليها أن تسحب الموضوع المطروح أمام أول درجة فى موضوعه، هذا الموضوع لم يفصل فيه بعد من أول درجة، وبالتالى لم تستنفذ ولايتها بصدده. كما أنه فى غياب الحكم الموضوعى فإنه لا يتصور كلام عن وقف أو زوال الحجية حيث لا توجد من الأصل.

ولكن يمكن الكلام مباشرة على قوة الشئ المقضى التى يوصف به الحكم الصادر نتيجة ممارسة محكمة الدرجة الثانية لحقها فى التصدى. هذه القوة توجد بشكل مؤقت إلى أن يتحدد مصير الحكم من طرق الطعن غير العادى وبالتالى يحوز الحكم صفة البتيه. وذلك فى الأحوال التى لا تقبل فيها هذا الحكم الطعن غير العادى، أو ينص القانون على عدم البتيه لذلك فيكون الكم بمجرد صدوره باتا. وواقع الأمر أنه فى جميع الأحوال التى ينص فيها القانون على عدم قابلية الحكم للطعن عليه بأى طريق، أو لعدم الطعن عليه بالاستئناف، فإنه يكتسب صفة البتيه فورا ما لم ينص المشرع بنص خاص على جواز الطعن عليه بالنقض .

١٨- ويجب عدم الخلط بين النطاق المحدد للأثر الناقل للاستئناف والحق فى التصدى. فالأول خاص بالأحكام الصادرة فى الموضوع أو فى شق منه، أو فى مسألة متفرعة عنه . أما الثانى فخاض بالطعن فى الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع حينما تنتهى الخصومة

الصادرة فيها وتقوم محكمة الدرجة الثانية بإلغائها .

أما إذا أيدتها فلا يوجد تصدى، ويعود لمحكمة الدرجة الأولى الخصومة التى كانت قد انتهيت ولا يجوز المجادلة فى المسألة الفرعية التى أيدتها محكمة الدرجة الثانية، وذلك لكى تفصل أول درجة فى الموضوع.

١٩- وإذا كنا نر أن نظام استنفاذ الولاية اللصيق بكل حكم قطعى هو من الأنظمة الإجرائية الخاصة بقانون الإجراءات ، حيث لا يعرف القانون الموضوعى الخاص بأصل الحق نظاماً مشابهاً . فلم يقل أحد إن المتعاقد بمجرد تعاقده يكون قد استنفذ ولايته حيث لا ولاية له أصلاً بالمعنى المقصود فى قانون المرافعات .ومن ناحية أخرى فاستنفاذ الولاية بنى على فكر سقوط المراكز الإجرائية، تلك الفكرة التى تجد أساسها فى فكرة إجرائية أعلى منها هى فكرة الإسراع فى تحقيق العدالة . كما أن من نتيجة هذا الاستنفاذ وصف الأحكام بالقطعية ، فهذه الصفة الأخيرة تتولد من الاستنفاذ وليس العكس . وكل هذه الأفكار سبق القول أنها تؤدى وظيفتها داخل خصومة قائمة ، عكس حجية الشئ المقضى التى تلعب دورها خارج الخصومة بحيث تؤثر خارجها فارضة الاحترام للقضاء الصادر تارة مانعة من قبول دعاوى جديدة بذات ما فصل فيه من قبل تارة أخرى . وواقع الأمر فرض الاحترام + منع قبول دعاوى جديدة = هما وجهان لشئ واحد هو حجية الشئ المقضى .

ولن ندخل فى"جحيم"هذه الفكرة وأصولها وجدلها وشروحها. راجع:

- Corun et Foyer. Procédure civile, 1958.
- Foyer , De. L'autorité de la chose jugée en matière en civile Essaid'une defintion . These . Paris 1957.
- Guillien . L'acte jurdictionnel et l'autortéde la chose jugée . Thése Bourdeaux 1931.

- Tomasin –Essai sur l'autorité de la chose jugée en matiére civile Paris 1975.

٢٠- والسؤال الذى نريد مناقشته الآن هو بالتحديد ما هو مصدر حجية الشئ المقضى ، قوة الأمر المقضى، وبتية الأحكام الصادرة فى الموضوع أو فى بعض عناصره؟ نحن لا نحاول شرح مطلق نظام هذه الأفكار ، فهذا عمل لا نتصدى له هنا. وإنما غاية ما نريد محاولة الإجابة هو المصدر الذى تنبثق منه هذه الأفكار أو النظم أو الصفات سمها كما شئت!!

هل مصدرها يوجد فى الإرادة ، إرادة الخصوم أو إرادة القاضى، أو إرادة المشرع.

بالرجوع إلى إرادة الخصوم وببحثها نجد أن المدعى هو الذى يرفع الدعوى دون إذن من المدعى عليه ودون اتفاق معه وحتى دون إنذاره أو اعذاره فى أغلب الأحوال ،كذلك المدعى عليه فإنه يذهب إلى المحكمة بصحيفة الدعوى المسلمة إليه يريد معرفة عناصر مركزه القانونى، والقاضى حكم له ولاية القضاء . فلا يوجد اتفاق بين أى من هؤلاء على أى شئ وبالتالى تنتفى الفكرة الاتفاقية على إنشاء الحجية فليس لها مصدر اتفاقى، كما أنه ليس لها أى مصدر بريتورى، فهى ليست من عمل القاضى ، ولا هى لصيقة بجميع قراراته ، فهى لا تثبت إلا لطائفة واحدة من أعماله هى الأحكام الصادرة فى الموضوع دون غيرها.

إذا لا نجد أمامنا إلا القانون ، الذى يعتبر هو المصدر الوحيد للحجية ويقصد بالقانون هنا القانون الموضوعى والقانون الإجرائى فى آن واحد.

فبالنسبة للقانون المتعلق بأصل الحق فهو ينشئ الحق ويحدد الوقائع المولدة له، ويحدد صاحبه ، وحياة هذا الحق ، وكيفية انتقاله ، وتوليد آثاره، وانقضائه، كما يحدد مضمونه وآثاره المخولة لصاحبه ويحميه

حماية قانونية ويكفل له فى ذات القاعدة الموضوعية الأداة العملية لتفعيل هذه الحماية وجعلها وسيلة ردع عام وقائى، كما تكون وسيلة علاج بعد وقوع الضرر.

هذه الأداة العملية هى فكرة الدعوى القضائية كحق إجرائى إرادى Droit potestatif تم خلقه ووضعه فى ذات القاعدة المولدة للحق فى جزئها المتعلق بحماية هذا الحق حماية قانونية، لأن إعمال هذه الحماية أو عدم إعمالها اختياريا سيكون عن طريق اللجوء إلى القضاء لطلب الحماية القضائية .

ووسيلة طلب الحماية القضائية يتم عن طريق استعمال الحق الإجرائى المسمى بالحق فى الدعوى والموجود فى حالة سكون فى ذات القاعدة الموضوعية فى شقها المتعلق بالجزاء على الاعتداء على الحق الموضوعى . واستعمال الدعوى ثم تنظيمه بواسطة القوانين الإجرائية، والهدف من استعمالها هو إعمال القانون الموضوعى للعقاب على الاعتداء الذى تعرض له الحق الموضوعى لذلك يقال أن القاعدة الإجرائية تتصف بأنها قاعدة جزائية .

وإعمال هذا الجزاء . يتم عن طريق موظف عام له ولاية القضاء هو القاضى والقاضى لا يفعل أكثر مما كان يجب على الخصوم فعله وهو تطبيق القانون. وإعمال القانون بهذه الكيفية يتعين أن يكون مميزا ، ومن مظاهر هذا التمييز أن حكم القاضى يصدر فى ورقة رسمية ، ويحمل أختام وتوقيعات تساهم فى هذه الرسمية.

وبالإضافة لذلك وبالنظر للظروف التى يصدر فيها هذا الحكم فإن له صفة معينة تحول دون إعادة مناقشة مضمونه أمام نفس القاضى الذى أصدره أو أمام أى قاض آخر عن طريق رفع دعوى مبتدأ مرة ثانية، هذه الصفة هى حجية الشئ المقضى به فالحكم إذ يطبق يستنفذ فى آن واحد الحق فى الدعوى وحالة الخصومة التى صدر بناء عليها ، وكذلك ولاية

القاضى الذى أصدره.

هذا الاحترام الناشئ عن هذه الحجية يعود إلى ذات القاعدة الموضوعية التي كلفت حماية الحق الموضوعي ذاته بتقرير الحماية القانونية له. وبما أن القاضى لا يفعل أكثر من إنزال هذه الحماية على الحق المتنازع عليه، فإن الحماية القضائية تعزز الحماية القانونية ومظهر هذا التعزيز تزويد الحكم الصادر بصفة جديدة هى حجية الشئ المقضى بآثارها المعروفة .تلك الحجية التى لا توجد فى عقود واتفاقات القانون الخاص.

وبما أن هذه الحجية مؤقتة، فهى تفسح المجال فى عقال زمنى أو نظامى ، لغيرها من صفات فنية لكى تحل محلها.

هذه الحلول يهدف إلى تزويد الحكم بصفات أقوى وذلك لتحقيق نتائج أقوى فى المراحل التالية لصدور الحكم الحائز لحجية الشئ المقضى.

فإذا كان الحكم الابتدائى مثلا بإلزام لا يقبل التنفيذ الجبرى ، فإن فوات ميعاد الطعن بالاستئناف دون طعن وصيرورة هذا الحكم نهائى حائز لقوة الشئ المقضى به يؤدى إلى صلاحيته للشروع فى التنفيذ الجبرى .

وفى هذا المثال يترتب على قوة الشئ المقضى التى تحل محل الحجية صلاحية الحكم للتنفيذ الجبرى بموجبه.

وبما أن هذه القوة أيضا مؤقتة لأنها رهينة بفوات ميعاد الطعن غير العادى دون الطعن فى الحكم، أو بصدور الحكم من محكمة الطعن غير العادى ، فإن صفة البتات تحل محل صفة الشئ المقضى به، وتجعل الحكم مؤهلا للقيام بمهام ما كان الحكم السابق يستطيع القيام بها ، مثال ذلك التنفيذ الذى يتم بناء على حكم حائز لقوة الأمر المقضى ، فإذا ألغى هذا الحكم بحكم جاز إجراء التنفيذ العكسى بموجب هذا الحكم البات.

كذلك إذا تم تأييد هذا الحكم بحكم بات ظلت إجراءات التنفيذ قائمة دون احتمال تغييرها.

٢١- وبالنسبة لانعدام وبطلان الأحكام القضائية، فالحكم القضائى يوصف بالانعدام حينما يفقد ركنا من الأركان اللازمة لوجوده كأن يصدر من شخص ليست له ولاية القضاء، أو يصدر شفويا غير مكتوب، أو لا يوجد أى توقيع أو يصدر فى غير منازعة رفعت إلى القضاء وفقا لقواعد قانون المرافعات، أو يصدر من هيئة ليس لها ولاية القضاء.

والحكم المعدوم يعتبر كأنه غير قائم ، ويعامل كذلك ويتم التصرف وكأنه غير موجود، فهو لا يؤثر ولا يمس مصالح الخصوم، كما أنه لا يعتبر سندا رسميا ولا يولد آثارا الأحكام ولا يقوم مقامها ، ويكفى عدم الاعتداد المادى به إذا ما احتج به على أحد ، ولكنه فى جميع الأحوال يعتبر واقعة مادية، يجب مواجهتها ولا يكفى القول بأنه والعدم سواء.

فقد يحتاج الشخص إلى ما يثبت انعدام هذه الحكم بعمل قانونى يقرر هذا الانعدام، وقد اختلف الفقه فى الجهة صاحبة الاختصاص بتقرير هذا الانعدام فى شكل حكم قضائى ، كما اختلفوا فى الوسيلة التى تستخدم للتوصل إلى هذا الهدف.

فذهب رأى إلى القول بضرورة الطعن على هذا الحكم فى الميعاد أمام المحكمة المختصة، وذلك للمطالبة بانعدام هذا الحكم.

ولكن كيف تقدر قيمة هذه الدعوى نحن نعرف أن نصاب الاستئناف يقدر كقاعدة عامة وفقا لقواعد تقدير قيمة الدعوى عند تحديد اختصاص المحكمة ، فهذا الأخير يحدد الاختصاص ، كما يحدد قابلية الحكم الصادر فى هذه الدعوى وفقا لقيمتها وليست لقيمة المحكوم به.

وبالتالى هل يرجع لقيمة الدعوى ذاتها لتحديد نصاب الطعن أم ماذا؟ قيل أنه بالرجوع إلى قيمة الدعوى فقد يفسر الأمر عن أن الحكم الصادر فى حدود النصاب النهائى ، وبالتالى يكون الحكم غير قابل للطعن

بالاستئناف .

فهل يظل الحكم المعدوم قائماً؟ مما لا شك فيه أن العدالة ذاتها تتأذى من بقاء معدوم، وبالتالى وجد الحل فى النصوص الاستثنائية التى تجيز الاستئناف الاستثنائى فى الأحكام الباطلة أو المبنية على إجراءات باطلة حينما تكون نهائية(مادة ٢٢١) وكذلك حالة الطعن بالنقض عند بطلان الأحكام (م ٢٤٨) الصادرة من محاكم الاستئناف.

ورغم أن هذه المواد تنص على عيب البطلان ، فإنها تسرى من باب أولى Aplus forte raison على الانعدام .

وعلى ذلك تم التغلب على مشكلة الأحكام التى لا تقبل الطعن وفقاً لقاعدة النصاب حينما تكون باطلة أو معدومة وذلك بالرجوع إلى هذه القواعد الاستثنائية. وهذه الحالة يكون المطلوب من محكمة الطعن فقط مجرد تقرير الانعدام ، فإذا قررته، فإنها تقف عند هذا الحد . فليس لها أن تتناول الموضوع للفصل فيه إذا كانت محكمة استئنافية، لأن أول درجة لم تستنفذ ولايتها، فالأصل أن هذه الولاية لا يتم استنفاذها إلا بعمل صحيح، أو باطل على ما سنرى فيما بعد.

وإذا ما تم تقرير الانعدام فإن النزاع يعود إلى الحالة التى كان عليها قبل صدور الحكم المعدوم. بمعنى أن الخصومة تعود إلى أول درجة بطرح جديد من جانب الخصوم، أو يعود حكم أول درجة إلى محكمة الاستئناف بطرح جديد من الخصوم إذا كان المعدوم هو الحكم الإستئنافى الذى طعن فيه بالنقض. كما قيل أن إنعدام الحكم يعتبر مسألة غير قابلة للتقدير فتعتبر قيمة الدعوى زائدة عن نصاب الاستئناف أو الطعن بصفة عامة . أما إذا كان ميعاد الطعن قد انقضى فإن ذلك لا يؤدى إلى حماية الحكم المعدوم الذى لم يطعن فيه ، بل العكس هو الصحيح ، حيث أن فكرة العدالة نفسها إذا كانت تتأذى من ترك حكم باطل أو مبنى إلى إجراء باطل دون عقاب حتى إذا كان صادراً فى حدود

النصاب النهائى، وتسمح بالطعن عليه استثناء بالاستئناف ، وتجيز الطعن عليه بالنقض ، فلا شك أن الحكم المعدوم أخطر أثرا من الحكم الباطل ولا يتعين أن يتحصن بفوات الميعاد المحدد للطعن.

ومن هنا سمح الفقه فى جمهوره برفع دعوى مبتدأة لتقرير بطلانه. والأصل أن النظام القانونى للدعاوى القضائية لا يصلح استخدامه كأداة للطعن فى الأحكام القضائية .

ويقال فى ذلك : Les voies des nullités n'ont lieu contre les jugements.

وسبب ذلك هو أن هيكل الدعوى مصمم للوصول إلى حكم يحسم النزاع على مشكلة خلافية، سواء تعلقت بالموضوع أم بالإجراءات . فهى أى الدعوى وسيلة للتحصيل على قرار قضائى وليست وسيلة" شنق قرار قضائى" فلهذا الشنق أدواته و " مقاصله" وهى طرق الطعن التى صممت أدواتها بحيث تؤدى تماماً وظائف "الشنق" و" الذبح" فى الأحكام القضائية.

وشرح ذلك أن النزاع يطرح أمام أول درجة فى صورة وقائع أولية يتم إثباتها بشكل معين، ويسمح للغير بالتواجد أمام أول درجة بإرادته أو عنوة. وتسير الخصومة أمام أول درجة بشكل معين، وليس لقاضى أول درجة أن يتصدى من تلقاء نفسه لمسألة لم يثيرها الخصوم. وسلطات الخصوم حرة أمام أول درجة ، ولهم إبداء ما شاءوا من دفوع ودفاع، كما أن لهم تقديم طلبات عارضة وللغير كذلك.

كل هذا لا يوجد أمام ثانى درجة ، حيث تحكمها قواعد جامدة تنبثق من الوظيفة المحددة لها وهل هى وسيلة رقابة على حكم أول درجة، أو أداة إصلاح لقضاء أول درجة ، أو وسيلة إنهاء النزاع لأول ولآخر مرة وهو النظام الجديد الذى يعتنقه المشرع الفرنسى الآن.

ومن جهة أخرى فالذى يعرض على ثانى درجة وهو حكم مطعون

فيه وليس واقعا بحثاً يراد الحكم فيه لأول مرة .

رغم كل هذه الفوارق وغيرها كثير اجاز الفقه اللجوء إلى القضاء بدعوى مبتدأة لتقرير انعدام الحكم المعدوم إذا فات ميعاد الطعن دون رفعه .

ولكن إلى أية محكمة ترفع الدعوى؟ لم نصادف هذه المشكلة ونحن نعرض لوسيلة تقرير انعدام الحكم عن طريق رفع الطريق واحد من طرق الطعن التى كان يقبلها، لأن القواعد العامة فى الطعن هى التى تطبق.

أما بالنسبة للدعوى القضائية فقد ذهب رأى إلى القول بأن المحكمة المختصة هى التى تشير إليها قواعد تقدير الاختصاص القضائى، وبالتالى إذا كان الحكم المعدوم صادراً فى دعوى لا تتجاوز قيمتها الخمسة آلاف جنيه فإن دعوى تقرير انعدامه ترفع أمام المحكمة الجزئية .

أما إذا زادت القيمة عن ذلك فترفع أمام المحكمة الابتدائية ، وبالطبع لا كلام هنا عن محكمة الدرجة الثانية حيث أن هذه الأخيرة لا تختص بنظر الدعاوى المبتدأة . وقال رأى آخر إن دعوى الانعدام تعتبر غير مقدرة القيمة بالنسبة لمحاكم الدرجة الأولى بما يترتب على ذلك من نتائج ، وقيل فى ذلك ، بالإضافة لانتقاد فكرة اللجوء للدعوى القضائية كأداة لتقرير الانعدام، أن هذا الوضع يخاطر بجعل محكمة أدنى درجة تراقب القضاء الصادر من محكمة الاستئناف فحسب قواعد تقدير قيمة الدعوى نفترض أن قيمتها تزيد عن خمسة آلاف جنيه، فنظر دعوى تقرير انعدامه سيكون من اختصاص المحكمة الابتدائية .

والحكم الصادر من المحكمة الابتدائية فى دعوى لا تزيد قيمتها عن خمسة آلاف جنيه، كالحكم الصادر فى طلب عارض قدم إليها وحكم فيها، وكان الحكم معدوماً، فإن الدعوى بطلب تقرير بطلانه سوف يقام أمام المحكمة الجزئية. والقاعدة فى قانون المرافعات هى أنه لا يجوز تسليط

قضاء أدنى لرقابة قضاء أعلى. وبالتالى ذهب فريق اخر من الفقهاء إلى أن المحكمة المختصة بنظر دعوى الانعدام يجب أن يتم تحديدها وفقا للمعيار النوعى فى تحديد الاختصاص وليس وفقاً للمعيار القيمى. واختيار ضابط المحكمة التى أصدرت الحكم ، كضابط نوعى يحدد المحكمة التى يجب رفع الدعوى أمامها لتقرير الانعدام، وبالتالى لا يحصل فى هذه الحالة أى تسليط لقضاء أدنى على قضاء أعلى . مثال ذلك الحكم المعدوم من أول درجة أو ثانى درجة، يجب رفع الدعوى بتقدير انعدامه إلى ذات المحكمة التى أصدرته لكى تقرر مجرد انعدامه وتقف عند هذا الحد؟ وليس هناك ميعاد محدد لرفع هذه الدعوى.

ومن نافلة القول أن نشير إلى أن مثل هذه الأحكام لا تحوز حجية ولا قوة الأمر المقضي ، ولن تكون باتة فى يوم من الأيام ، كما أنها لا تستنفذ ولاية القاضى مما يرجح وجاهة الرأى الذى يحدد المحكمة التى أصدرت الحكم على أنها المحكمة المختصة برفع دعوى تقرير الانعدام. فإذا ما صدر هذا الحكم فإن المحكمة تقف عند هذا الحد ، ويحصل الخصوم على إفادة بذلك. وإذا كان يمكن التوصل لانعدام الحكم عن طريق الدعوى، فهو يتم أيضاً عن طريق الدفع والطلب.

٢٢- أما الأحكام الباطلة، فهى أحكام تعتبر صحيحة إلى أن يتقرر بطلانها بحكم قضائى، وبالتالى فرغم بطلان الأحكام فهى تظل قائمة مولدة آثارها كما لو كانت سليمة من جميع النواحى. ذلك أن العيب المبطل للحكم يعتبر النسبة للعيب المؤدى للانعدام مسألة يسيرة سهلة، كما سنرى.

فالحكم يكون باطلا إما لعيب ذاتى شاب ورقته، كتجهيل بموضوع النزاع يؤدى إلى نقص فى الأسباب الواقعية ، الخلو من الأسباب أو تناقضها أو إرسالها بحيث لا يفهم فيماذا ولا لماذا حكم على هذا الوجه. الخلو من توقيع القاضى الذى أصدر الحكم ، خلوه من تاريخ إصداره بحيث لا يتبين منه بأى شكل هذا التاريخ غموض وتهاتر أسبابه. عدم

تحديده لأطراف الخصومة. وغير ذلك من أسباب فى ذاتية فى ورقة الحكم.

وقد يكون الحكم باطلاً لبنائه على إجراءات باطلة كان بنائه عليها ضرورياً. مثال ذلك بطلان المداولة لأى سب، بطلان جلسة إصدار الحكم، كالنطق به فى جلسة غير علنية مثلاً. هذا الحكم الباطل يولد وله حجية إذا صدر من أول درجة ، كما تكون له قوة الشئ المقضى إذا صدر من ثانى درجة، وليس هناك وجه للطعن عليه إذا صدر من محكمة النقض.

وإذا انقضت مواعيد الطعن دون طعن فيه بقى باطلاً لكن الحق فى التمسك بالبطلان كحق إجرائى يكون قد سقط بعدم الاستعمال فى الميعاد المحدد لذلك. ولا يؤدى هذا إلى تصحيح الحكم، بل يظل باطلاً لوجود وقيام العيب الذى يظل على حاله، ولكن وسيلة إبطاله- وهى الطعن- لم تعد قائمة .

وهنا نصادف بحكم باطل يولد جميع آثار الأحكام الصحيحة. وهذا نوع من أنواع الإعفاء من الجزاء القانونى ، هذا الجزاء الذى كان يمكن توقيعه أو لطعن فى الميعاد. والمشرع بذلك يحمى الإجراءات من الهدر، بمعنى أنه لو تقرر البطلان فإن ذلك يؤدى إلى زوال الحكم القضائى وكل الإجراءات التى ساهمت فى تكوينه . ونحن نتكلم هنا عن زوال الحكم لعيب ذاتى فيه، أو لعيب فى الإجراءات أثر فيه. بقاء الحكم الباطل إذا لعدم الطعن عليه فى الميعاد ومعاملته كحكم صحيح رغم عدم صحته الأكيدة يؤدى لفوائد عديدة هى:

١- حماية الإجراءات السابق اتخاذها عن الزوال فتقل نسبة الفاقد فى الإجراءات التى قد تكون صحيحة، ومثال نفترض أن صحيفة الدعوى باطلة لعيب ذاتى فيها، لكن تم بمناسبتها إعلانات صحيحة وانعقدت فيها خصومة صحيحة، وحضور صحيح ، وسارت فيها الخصومة

سيراً صحيحاً وتم التمسك ببطلان صحيفة الدعوى وتقـــرر البطـــلان فزالت الصحيفة وزوال الحكم. أى هـــدر للإجـراءات نـرى ؟ وأى ضياع للوقت والنفقات، وأى طول للمنازعات نشاهد!! وعلـــى ذلــك فبقاء الحكم بعيبه لفوات ميعاد الطعن وعدم رفعه ، خير ألف مرة مــن التمسك ببطلانه أو ببطلان الإجراءات التى بنى عليها.

راجع بالتفصيل : نبيل عمر، عدم فعالية الجـــزاءات الإجرائيـــة ، منشأة المعارف ١٩٨٧.

-نبيل عمر،القاعدة القانونية الموضوعية وحاجتـــها إلـــى الحمايـــة القضائية لتحقيق مضمونها،مجلة الشريعة والقانون،جامعة صنعاء ١٩٨٣.

- Vincent . Guinechard . Les institutins judiciaires, 1992.

٢- ومن جهة أخرى فمن حسن السياسة القضائية توجيه الصحيـــح إلى الباطل ليصححه بدلا من تسليط البـــاطل علـــى الصحيـــح فيبطلـــه، والقاعدة صحيحة ، ولكنها فى حاجة إلى ضبط مؤداه أن بقـــاء الإجـــراء الباطل لا يؤدى حتما إلى تصحيحه ، حيث لا يوجـــد بـــالفعل أى عمـــل تصحيحى يتم . كل ما فى الأمر هو أن المشرع يعمل هنا ما يمكن تسميته بالإعفاء من الجزاء بمجرد إبراء من إعمال الجزاء القانونى، مفترضـــا أن هذا الإجراء رغم عيبه صالحه لتوليد الآثار التى لا يولدهـــا إلا الإجـــراء الصحيح . وذلك لاعتبارات متعددة ليس هنا الخوض فيها ، ولعل أهمـــها هو عدم " الهدر" فى الإجراءات الصحيحة التى تمت من قبـــل ونخـــاطر بصياغتها إذا تم إبطال الأحكام.

٣- ومع ذلك لا يجب أن نغفل الملاحظة الفنيـــة الآتيـــة ، والتـــى أغفلها المشرع وهو يضع نظرية الإعفاء من إعمال الجزاء.

فقد أقر بقاء الحكم الباطل، الذى فات ميعاد التمسك ببطلانه، وولـــد من هذا الحكم كافة آثار الحكم الصحيح ورغم العيب الموجود به، وفاتـــه أنه بذلك يوجد وضعا شاذا ، فالقاعدة الإجرائية حددت الحكـــم والشـــروط

الواجب توافرها فيه لكى يولد آثاره. فإذا تخلفت الشروط المقررة فى القاعدة القانونية ومنها شرط الصحة فإننا نكون إزاء عمل لم تنظمه ولم تقرره القاعدة القانونية، وبالتالى ما كان يجب أن يولد هذا العمل الآثار التى لا يولدها إلا بالحكم الصحيح . فإذا أعملنا نظرية الإغفاء القانونى وسلطنا الصحيح على الباطل فصححه أى جعله يولد آثار العمل الصحيح فيكون ذلك أخذ فى الاعتبار لحقيقة هذا التناقص الفنى، أو بمعنى آخر.

٢٣-فالعمل باطل/ غير مطابق للنموذج الوارد فى القاعدة الإجرائية/ وبالتالى ما كان يجب توليد الآثار الواردة فى هذه القاعدة/ والتى لا يولدها إلا الإجراء الصحيح .

ومع ذلك فحفاظاً على إجراءات تمت صحيحة من الـهدر، والوصول إلى السرعة فى أداء العدل. أعمل المشرع نظرية الإعفاء من إعمال الجزاء وأبقى الحكم الباطل. ليس هذا فقط بل جعله يولد كافة الآثار التى لا يولدها إلا العمل الصحيح ، هذا الحكم يحوز الحجية وبفوات ميعاد الطعن يحوز القوة وبعد الطعن عليه بالنقض يصير باتاً.

أما إذا طعن فى مثل هذا الحكم بالطريق الملائم وكان صادراً فى أصل لحق وقررت محكمة الاستئناف إلغاءه ، فهناك خلاف حول الأثر الناقل للطعن، فى معنى هل يترتب على الطعن فى مثل هذا الحكم نقل الموضوع المفصول فيه أمام الدرجة الثانية لتنظر فيه من جديد بعد إبطال الحكم مع ملاحظة أن إبطال الحكم يترتب عليه أثر ناقل عام ينتقل بناء عليه كل الموضوع الذى فصل فيه، حتى ولو كان الطاعن قد حدد جزءاً فقط من هذا الحكم وطعن فيه. وهذا الأثر الناقل العام للأحكام الباطلة يهدف إلى التخلص الشئ المقضى به قائم لم يطعن فيه وجزء ملغى فى الاستئناف ويستبدل بحكم جديد يفترض صدوره من ثانى درجة بشكل صحيح ، مما يؤدى إليه هذا الوضع من مشاكل كثيرة.

٢٤- بصدد هذه المشكلة ذهب فريق من الفقه إلى القول بأن محكمة

الاستئناف تقتصر على تقرير بطلان حكم أول درجة، أو تقف عند هـــذا الحد، لماذا ؟ لأن أول درجة فى رأيهم لم يتم استنفاذها . فلكـــى تســـتنفذ يجب أن يتم ذلك بحكم صحيح، وحيث أن هذا الحكم بـــاطل فتعتـــبر أول درجة وكأنها لم تستنفذ .

وينبنى إلى ذلك أنه بعد أن تقرر محكمة الدرجة الثانيـــة بطـــلان الحكم يجب أن تقف عند هذا الحد ، وعلى الخصوم الذين يعـــودون إلـــى نفس الحالة التى كانوا عليها قبل صدوره أن يعيدوا رفع الأمـــر بـــإجراء صحيح إلى محكمة الدرجة الأولى .

وذهب الرأى الثانى إلى القول بأن أول درجة قد تم استنفاذهـــا فى الموضوع ولو كان الحكم الصادر باطلا. وعلى ذلك وبمـــا أن اســـتئناف الحكم الباطل يؤدى إلى إحداث أثر ناقل عام فعلى محكمة الاستئناف ذاتها أن تنظر الموضوع بما للاستئناف من أثر ناقل وتفصل فيه بحكم صحيح.

لا شك أن الرأى الثانى يحمى الإجراءات التى تمت من قبل صدور الحكم ، من الهدر، وبالتالى فصحيفة الدعوى وكافة إجراءات الخصومـــة السابقة تظل قائمة، وتقتصر وظيفة محكمة الاستئناف على إصدار حكـــم جديد يحل محل الحكم الباطل.

ومع ذلك فالرأى الأول لا يخلو من الوجاهة وبالذات فى الحالة التى يكون الحكم فيها باطلا لبطلان الإجراءات الصادر بناء عليها طالما كانت أساسا له ، وكان هو مبنيا عليها، مثال ذلك نفترض أن صحيفة الدعـــوى كانت باطلة، أو أنه حدث انقطاع ولـــم تقـــف الإجـــراءات واســـتمرت الخصومة حتى صدور الحكم ، لا شك أن مثل هذا الحكم يعتـــبر عمـــلا إجرائيا باطلا، فإذا أبطلته محكمة الدرجة الثانية، لا نستطيع القول بأنـــه نظر الموضوع ، لأن صحيفة الدعوى التى تحمل هذا الموضوع هى مـــن قبل عمل إجرائى باطل لا يصلح لتأسيس حكم الاستئناف عليها.

٢٥- وعلى ذلك نرى إجراء التفرقة التالية :

١- لمحكمة الاستئناف بعد إبطال حكم أول درجة الباطل أن تنظر الموضوع بما للاستئناف من أثر ناقل عام وذلك في الأحوال التي يكون فيها الحكم باطلا لعيب ذاتي شاب ورقته أو إجراءات إصداره بعد قفل باب المرافعة ، وذلك باعتبار أن أول درجة قد عملت على خصومة صحيحة وكونت موقفها بشكل صحيح وبإجراءات سليمة .

٢- أما إذا كان بطلان الحكم راجعا ليس فقط إلى عيب ذاتي شاب ورقة الحكم أو إجراءات إصداره، وإنما تعلق بذات إجراءات رفع الدعوى، فإنه لا يجوز لمحكمة الدرجة الثانية إذا أبطلت الحكم أن تنظر الموضوع لإنعدام الأساس الإجرائي الذي يمكن أن تبني حكمها عليه، وليس لعدم استنفاذ ولاية القاضي، تلك الولاية التي تم واقعيا استنفاذها في ظل إجراءات غير صحيحة . ولهذا يعود الأمر إلى أول درجة بإجراءات صحيحة وذلك لإسباغ الصحة إلى استنفاذ الولاية.

كل ما سبق كان يتعلق بحكم باطل صادر في الموضوع أما إذا كان هذا الحكم الباطل غير صادر في الموضوع وطعن فيه بالاستئناف وحده، إذا كان الحال يسمح بذلك ، كأن كان حكما فرعيا صادرا قبل الفصل في الموضوع منهيا للخصومة مما يقبل الطعن. فإذا رفع هذا الطعن بالاستئناف وقامت محكمة الدرجة الثانية بإلغاء هذا الحكم فهل لها أن تقف عند هذا الحد أم أنها تتناول الموضوع الذي لم يفصل فيه من أول درجة ويحسمه دون أن تستنفذ الدرجة الأولى ولايتها بصدده . للإجابة على هذا السؤال نذكر بأن هذا الطعن لا ينقل إلى محكمة الاستئناف أي جزء متعلق بالموضوع ، حيث أن أول درجة لم تتناول هذا الموضوع ولم تفصل فيه وبالتالي لم تستنفذ ولايتها بصدده. وكل الذي نقل إلى محكمة الطعن هو مسألة البطلان التي يجب حسمها.

وعلى ذلك إذا تم إلغاء هذا الحكم لبطلانه فلا يجوز لثاني درجة أن تتناول الموضوع للفصل فيه بما للاستئناف من أثر ناقل، أما إذا كانت هذه المحكمة تتمتع بالحق في التصدي فلها إذا توافرت شروطه أن تسحب

الموضوع بعد إلغاء الحكم الفرعى وتفصل فيه رغم عدم استنفاذ ولاية الدرجة الأولى، وبالتالى يحوز الحكم الصادر فى الموضوع منها على وصف قوة الأمر المقضى به مباشرة ودون أن يمر بمرحلة حيازته لوصف الحجية.

أما إذا أيدت محكمة الاستئناف الحكم المطعون فيه ، فإنها تقف عند هذا الحد، وعلى الخصوم أن يعيدوا أمام أول درجة اتخاذ الإجراءات بشكل صحيح.

٢٧- ويعتبر الحكم القضائى الحاسم للنزاع على أصل الحق قد صدر بالنطق به فى جلسة علنية أما الأحكام التى تصدر فى الإجراءات وأثناء سير الخصومة، وبالإثبات فإنها تصدر بالطريق الملائم لها. مثال الأحكام الصادرة فى الاختصاص وفى القبول فقد تصدر بالصورة الضمنية، كذلك الأحكام التى قد تصدر فى بعض الدفوع ، والأحكام الصادرة مع كفالة مبدأ احترام حقوق الدفاع والأحكام المتعلقة بالإثبات التى تصدر أثناء سير الخصومة لا تحتاج إلى الإعلان ويكفى فى العلم بها حضور الخصم فى الجلسة التى صدر فيها هذا الحكم.

وتصدر الأحكام بعد انتهاء المداولة، فى الجلسة المحددة للطعن بالحكم بالشكل العلنى ، ثم تحرير نسخة الحكم الأصلية ومنها تنسخ الصور التنفيذية والبسيطة ، وللحكم بيانات معينة لابد من توافرها بشكل صحيح تحت جزاء البطلان. وبيانات الحكم تشمل الديباجة التى تحتوى على اسم السلطة التى تصدر بإسمها الأحكام، وأسماء القضاة والخصوم ، ثم الوقائع والطلبات والدفوع والأسباب ثم الجلسة ونوع الدعوى، ثم الوقائع والطلبات والدفوع والأسباب ثم منطوق الحكم وتوقيع رئيس الدائرة والكاتب وخاتم المحكمة.

وللأحكام القضائية آثار معينة يهمنا تناولها :

٢٨- هذه الآثار قد تكون موضوعية وقد تكون إجرائية على

التفصيل التالى :

٢٩- أولا: الآثار الموضوعية للأحكام القضائيـــة يــترتب علــى صدور الحكم القضائى مجموعة من الآثار الموضوعية نذكر منها ما يلى:

١- الأثر التقريرى للأحكام القضائية بمعنى أن مجــرد صــدور الحكــم يتضمن الإقرار الإيجابى أو السلبى، بأن الحق الكامن فيه يخص أو لا يخص شخص معين، وبالتالى ينقطع النزاع فى هذه المسألة بحيث لا يمكن العودة إليها مرة ثانية نتيجة لحجية هذا الحكم. والحكم التقريرى يتولد عن الدعوى التقريرية ،وهو يشبع مصــالح الخصــوم بمجــرد صدوره، كما أنه لا يعتبر سندا تنفيذيا حيث أنه لا يحتوى على إلـتزام يحتاج تنفيذ إلى تدخل السلطة العامة .

٢- الأثر المنشئ، وعلى العكس مما سبق قد يكون للحكم القضائى أثــر منشئ فيؤدى إلى نشأة حق جديد أو تعديل فى آثار حق قائم بالزيــادة أو النقص أو الإبقاء مثل هذه الأحكام يتولد من الدعــاوى المنشــئة، وتحوز حجية الشئ المقضى ، ولكنها لا تتضمن أى إلزام ، وبالتــالى لا تصلح لاعتبارها سندات تنفيذية .

٣- الأحكام بالإزام ، وهى تصدر فى دعاوى الإلزام وهى تقبــل التنفيـذ الجبرى حيث أنها تحتوى على أداء لا يمكن اقتضاؤه إلا اختيارا وعند النكول عن ذلك فلا يوجد إلا الالتجاء إلى السلطة العامــة، وبالتــالى فهذه الأحكام وحدها هى التى تعتبر سندات تنفيذ؟

وهذا التقسيم وإن كان يبدوا نظريا حاسما ، إلا أنه فى العمل قد يوجـد حكم واحد يشمل التقرير والإنشاء معا، أو الإنشاء والإلزام معــا، أو الثلاث حالات فى وقت واحد. ومع ذلك يجوز تنفيذ الجزء الخــاص بالإلزام بالقوة الجبرية ،ويعتبر الحكم سندا تنفيذيا فى هذه الحدود فقط.

٤- ومن جهة أخرى فصدور الحكم القضائى يؤدى إلــى تقويــة الحــق الموضوعى عن طريق استنفاذ الحق فى الدعوى بصدده ، فلا يجــوز

إثارة النزاع فى شأنه عن موضوع سبق حسمه بحكم حائز لحجية الشئ المقضى به ، كما أن المحكوم له تزود بسند رسمى جديد يحل محل السند السابق قبل الحصول على هذا الحكم. كما أن الحكم الصادر بالإلزام يؤدى إلى تغيير مدة التقادم المسقط للحق فتصير خمس عشرة سنة ولو كان الحق تنقضى مدته بمدة التقادم القصير. كما أن حكم الإلزام النهائى يجيز لصاحبه أخذ حق اختصاص على عقارات مدنية .

٣٠- ثانيا: الآثار الإجرائية للحكم القضائى :

يترتب على صدور الحكم القضائى الآثار الإجرائية التالية:

١- بالنسبة على الحق فى الدعوى . يترتب على صدور الحكم الحاسم للنزاع على كل أصل الحق من أول درجة زوال الحق فى الدعوى وحيازة الحكم للحجية حتى وإن كانت أبواب الطعن مفتوحة أمام هذا الحكم ، لأن اللجوء إلى الطعن يتم بإجراءات أخرى غير إجراءات الحق فى الدعوى أما إذا صدر الحكم فى جزء من الموضوع فتزول الدعوى بالنسبة لهذا الجزء. ويقصد بزوال الدعوى عدم إمكانية إعادة رفعها مرة ثانية ومن جديد للمطالبة بما سبق الفصل فيه، لأنه سيحكم فى هذه الحالة بعدم القبول لسبق الفصل فى الموضوع . وقد سبق توضيح كل ذلك فيما مضى فالدعوى القضائية تمارس أمام القضاء مرة واحدة طالما فصل فى موضوعها.

٢- وبصدد الحكم الحاسم لكل أصل الحق فإن الدعوى القضائية يتم استهلاكها، كما أن الخصومة أيضا يتم هى الأخرى استهلاكها، فهى الوسط الإجرائى الذى تعيش فيه الإدعاءات المتضاربة للخصوم، والذى يتم فيه الإثبات والتمحيص إلى أن يصدر الحكم ، والذى بعد صدوره تكون الخصومة قد استنفذت أغراضها فتزول وتنتهى نهاية طبيعية . أما ما يصدره القاضى بغير خصومة كالأوامر مثلا فلا توجد خصومة بمعنى الكلمة فى مثل هذه الأحوال، بل توجد مجموعة

إجراءات صدر بناء عليها الأمر، هذه الإجراءات تزول بصدور الأمر لأنه لا حاجة لنا بها بعد ذلك. أما الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع فهنا ما يزيل الخصومة بأكملها، مثال ذلك بطلان صحيفة افتتاح الدعوى، ومنها ما يزيل عمل إجرائى بعينه أى وحدة من الوحدات المكونة الخصومة ، مثال ذلك الحكم ببطلان ورقة الحكم أو بسقوط الحق فى التمسك بدفع من الدفوع مثلاً.

٣- يتولد عن صدور الحكم تغيير الصفات الإجرائية للخصوم، واكتسابهم صفات جديدة هى صفات المحكوم له والمحكوم عليه . كذلك يترتب على صدور الحكم فتح باب الطعن إذا كان الحكم مما يقبل الطعن بطريق معين كما يترتب كقاعدة عامة بدء ميعاد الطعن فى الأحكام من تاريخ صدور الحكم . حيث أن هذا الميعاد قد يبدأ من هذا التاريخ أو من تاريخ الإعلان، أو من تاريخ اكتشاف أو ظهور واقعة يحددها المشرع كظهور الغش مثلاً فى الطعن بالتماس إعادة النظر، كما قد توجد العديد من المواضيع الأخرى التى يحددها المشرع كنقطة بداية لسريان مواعيد الطعن.

٤- وقد سبق معالجة مسائل :

استنفاذ الولاية.

- حيازة الحكم لحجية الشئ المقضى به .

- وقوة الأمر المقضى به.

- والبتية .

كآثار أو أوصاف تسبغ على الحكم بمجرد صدوره .

وبهذا ننتهى من هذه المرحلة من هذا البحث المختصر الذى تناول فكرة الحكم القضائى فى ذاته منسلخاً عما سبقه وما عاصره وما تلاه إجراءات . وكان الهدف العميق لهذه النظرة المتعمقة هو بيان ماهية هذا

الحكم ، وما سلطة المحكمة إزاء إصداره، وسلطة محكمة الطعن أمامـــه. وبالذات تحديد بعض الصفات التى توصف بها الأحكام كصفـــة القطعيـــة وعدم القطعية ، وحيازته للحجية لقوة الشئ المقضى به، ومتـــى يســـتنفذ القاضى ولايته، والفارق بين حجية الشئ المقضى واستنفاذ ولاية القاضى.

وأثر هذه الصفات على الإجراءات وعلى الحق فى الدعوى وعلـــى سلطات محاكم الطعن.

وبمناسبة هذا البحث استعرضنا فكرة التأقيت التـــى تعتـبر ســمة أساسية لفكرة الحجية وفكرة قوة الشئ المقضى، وكيـــف أنـــهما فكرتـــان مؤقتتان يمهدان للصفة الدائمة للحكم القضائى ، وهى صفة البتات. وكيـف أن هذا التأقيت يتمشى مع فكرة تصاعد المراكز الإجرائية التى هى عكـس فكرة سقوط المراكز الإجرائية. فهذه الفكرة الأخـيرة كـانت تلعـب دور داخل الخصومة بهدف السرعة فى حسم المنازعات، وقد ســبق الإشـــارة إلى ذلك.

أما تصاعد المراكز الإجرائية فتعنى أن حكماً حائزاً للحجية لا يكفى وحده لتحقيق مطامع صاحب الحق ، بل لابد من صفة أخرى لـــه، هـــى صفة قوة الشئ المقضى به، التى يتعين الإسراع بـــارتداء الحكـــم لـــها ، وأوجد آجال قصيرة للطعن العادى ، وتنظيـــم ســقوط حاســم للمراكـــز الإجرائية إذا لم يمارس الطعن فى ميعاده وغير ذلك من أدوات إجرائـــه. كما أنه فى مرحلة أخرى لا تكفى قوة الأمر المقضـــى لإشـــباع مصـــالح الخصوم، بل لابد من صفة البتات التى توصل إليها المشرع أيضاً بآليـــات خاصة سريعة .

ونعتقد فى النهاية، أن هذا البحث يحمل فى طياته ، أفكاراً جديـــرة بالتأمل ، وهى وإن كانت فى بعض جوانبها تحمل بعـــض التجديـــد فـــى الفكرة وفى التناول، إلا أنها تطلب فرصة للمناقشة ، ويتضح ذلـــك مـــن الشرح التالى :

٣١- هل يحوز الحكم الوقتى حجية الشئ المقضى به؟

الحكم الوقتى هو الذى يقتصر على الفصل فى الإجراءات الوقتية والتحفظية دون المساس بالموضوع[١].

ويرى البعض أن الحكم الوقتي يصدر فى طلبات قائمة على وقائع وظروف متغيرة إما بحسب طبيعتها وإما بمقتضى نص فى القانون، وهو قضاء قابل للتعديل والتغير تبعا لملابسات الخصومة ووفقا لمراكز الخصوم[٢].

والحكم يكون وقتيا لأنه يصدر فى أمور وقتية تتطلب ظروف الخصومة البت فيها قبل البت فى الموضوع حماية لمصالح الخصوم، حفاظا لأموالهم ، ويقصد منه تفادى الأضرار الناتجة عن إطالة إجراءات المرافعات.

وقد يكون للحكم الوقتى استقلالا ذاتيا لا يرتبط بتحديد مراكز الخصوم تحديدا مؤقتا إلى أن يتم الفصل فى موضوع النزاع المطروح فرضا أمام القضاء. كالأحكام الصادرة فى تحويل الفرقة الجثمانية إلى طلاق، وكالأحكام الصادرة بتحديد تاريخ التوقف عن الدفع.

من هنا اقترح البعض تعريف الحكم الوقتى بأنه ذلك الحكم الذى يفصل بصفة قطعية لمدة مؤقتة فى طلبات قائمة على ظروف متغيرة[٣]. فإذا تغيرت هذه الظروف أو تغير مركز الخصوم أو تغيرت الوقائع القائم عليها الحكم أمكن تعديله عن طريق رفع دعوى وقتية جديدة . أما إذا لم يحدث أى تغيير فى أى عنصر من العناصر السابقة ، فلا يجوز العدول عن الحكم السابق ، ويرى البعض أن الحكم الوقتى يكون له فى هذه

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٦/٣/٩ ط. رقم ٣٢٤ س ٤٣ ق.

(٢) نقض مدنى ١٩٧٦/٦/١٧ مجموعة النقض س ٢٧ ص ٢٣٤.

(٣) أمينة النمر . القضاء المستعجل . رسالة ١٩٦٧ إسكندرية ص٥١.

الحالة حجية الشئ المقضى به[1].

وكما يلاحظ على الفقه السابق، فإنه ينتقل من تحديد معنى وقتية الحكم الوقتى ، إلى تحديد معنى قطعيته، ثم إلى ترتيب آثار على ذلك هى حيازته حجية الشئ المقضى ، ويرى هذا الفقه أنه لا يوجد فى القانون نص يميز بين الحكم الوقتى والحكم القطعى، إنما طبيعة الحكم الوقتى هى التى تمنحه صفته. فالفاصل بينهما هو فاصل موضوعى وليس فاصلا شخصيا ، هو فاصل عملى وليس فاصلا نظريا، ذلك لأن الحكم الوقتى هو حكم صادر فى طلبات قائمة على ظروف متغيرة، وبفحص ظروف الخصومة وطبيعة الطلبات يمكن التمييز بين القضاء القطعى والقضاء الوقتى[2].

٣٢- وعلى خلاف الرأى السابق، يرى الفقه أن الأحكام الوقتية لا تحوز حجية الشئ المقضى به، لا أحكام القاضى الذى أصدرها ، أو أحكام أية محكمة أخرى، لأنه من الممكن تعديلها تبعا لتغير الظروف رغم كونها ملزمة للخصوم وواجبة التنفيذ[3].

وكان بعض الفقه يرى فى الأحكام الوقتية أنها أحكام قطعية فيما تفصل فيه، وإن كانت تفصل بصفة مؤقتة نظرا لأن طلبات الخصوم تقوم على ظروف متغيرة ، لهذا فهى تحوز الحجية.

عكس ذلك يرى من ينفى حجية الحكم الوقتى أن ذلك راجع إلى طبيعة ذلك الحكم الذاتية التى تحول دون حيازته لهذه الحجية. وبالتالى يجوز رفع دعوى جديدة بطلب وقتى لتعديل حكم وقتى سابق لا يمس

---

(١) أبو الوفا . الأحكام . ط٥ ص ٤٩١.

(٢) وجدى راغب . العمل القضائى . رسالة . عين شمس ١٩٧٤ ص ١٥٢.

(٣) وجدى راغب.نحو فكرة عامة للعمل الوقتى. مجلة العلوم والاقتصاد.العدد الأول س١٥.

- محمد حامد فهمى . المرافعات ص ٦٣٨.
- محمد على رشدى . الأمور المستعجلة ص ٢٣١.

بحجية الشئ المحكوم به ، وذلك لإختلاف السبب فى كل من الدعويين وقد يختلف الموضوع أيضا فى بعض الحالات.

مثال ذلك : إذا رفض القاضى تحويل التفرقة الجثمانية إلى تطليق، ومضى عامان مثلا، وبدا خلال هذه المدة أنه من المستحيل التوفيق بين الزوجين، فالحكم الأول لا يمنع رفع دعوى جديدة بين الخصوم وبنفس الموضوع، وذلك لتغيير السبب فى كلا الدعويين، لأن مرور سنتين دون إمكان التوفيق وهو سبب جديد لطلب الطلاق .

ومثال ذلك أيضا إذا حكم بتعيين حارس قضائى على عين متنازع عليها، فإن الحكم الأول بتعيين حارس آخر، لا يمنع من طلب حارس بآخر بدون أجر، وذلك لإختلاف الموضوع فى الدعويين .

وتركيز الآراء السابقة على إمكانية تعديل الحكم الوقتى برفع دعوى وقتية جديدة للمطالبة بموضوع وقتى يخالف ما هدفت إليه الدعوى الأولى يرتبط بوجود تغيير مقابل فى الوقائع المتعلقة بالنزاع الأول مما يؤدى إلى إمكاني إسناد الموضوع الثانى إلى هذه الوقائع الجديدة. فلابد إذن من سبق حدوث تغيير فى الأساس المادى للإدعاء الوقتى(١).

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه لا يجوز تعديل الحكم الوقتى إذا لم يتعدل مركز الخصوم المادى أو القانونى(٢). كما حكمت هذه الأخيرة بأنه لا حجية للأحكام الوقتية إلا بين أطرافها.

كما يرى جمهور الفقه والقضاء أن الحكم الوقتى لا يقيد قضاء الموضوع بما ورد به لإختلاف الحكمين موضوعاً وسبباً .

---

(١) مصر الأهلية. مستعجل ١٩٢٧/٧/١١ المحاماة س ٢٠ص ٥ مشار إليها فى أبو الوفا . الأحكام ط ٥. ص ٤٩٥.

(٢) نقض مدنى ١٩٧٢/١٢/١٢ س ٢٣ ص ١٣٥٧.
نقض مدنى ١٩٧٢/٧/٢٤ س ٢٣ ص ١٠٠٣.

وقد يشتمل الحكم الوقتى على قضاء قطعى ، مثال ذلك ثبوت أصل الحق فى النفقة وهو عبارة عن قضاء قطعى. أما تقدير النفقة فهذا قضاء وقتى لأن أساسه متغير، فإذا تغيرت الظروف بالنسبة للدائن بالنفقة أمكن إلغائها عنه، هذا الحكم المشتمل على قضاء مختلط وقتي وقطعى يغلب تقرير الطابع القطعى على الطابع الوقتى فتنطبق بصدده القواعد الخاصة بالأحكام القطعية ، إذا أنه يشتمل على قضاء غير قابل للتجزئة، وإذا صدر حكم ثانى مقرر للنفقة فإنه يعج حكما وقتيا بحتا.

ومن جهة أخرى، قد تكون الطلبات قائمة على وقائع من طبيعتها الثبوت والاستقرار، وإنما ينص بنص القانون على جواز تعديل الحكم الصار فيها لأسباب تبرر ذلك، مثل هذا الحكم يعد حكما وقتيا.

مثال ذلك سلطات القاضى فى تعيين تاريخ التوقف عن الدفع، حيث أن المحكمة لا تستطيع تحديد هذا التاريخ فى الحال. هذا التحديد يصعب أن يتم فورا .

لا نزال فى استعراض متوازى للأحكام القطعية والوقتية . فى سياق مجرد التمييز بينهما.

٣٣- وبناء على ما تم حتى الآن، فإن الحكم القطعى هو الذى يفصل فى المسألة التى حسمها ويستنفذ فى ذلك ولاية القاضى الذى أصدر الحكم . والحكم القطعى كما سبق القول قد يصدر فى الموضوع الأصلى للنزاع، أو فى مسألة وقتية، أو فى مسألة إجرائية. وقد سبق الإشارة إلى ذلك.

أما الحكم الوقتى فهو قرار قضائى أو ولائى يصدر بناء على وقائع فى الأصل قابلة للتعديل والتغيير بحيث يتم إنزال الحماية القضائية الوقتية على مراكز متحركة قابلة للتغيير والتبديل. وهو يبقى ببقاء الوقائع والظروف التى صدر لمواجهتها ويزول بدعوى جديدة إذا زالت الظروف

التى استدعت وجوده كما سنرى من بعد، وكما سنزيد هذه المسألة شـرحا وتحليلا.

ويرى البعض أيضا أن الأحكام الوقتية بهذا المعنى قد تكون موجهة لصالح الخصوم ، وقد يكون لها غرضا آخر غير مصالحهم. مثال ذلـك أحكام تقرير نفقة وقتية لصالح أحد الخصـوم. ومثـال للثـانى الأحكـام المتعلقة بحضانة الأطفال. فهذه الأحكام لا يصدرها القاضى إلا إذا اطمئـن إلى إخلال الزوج وسلوكه، فإذا تغير هذا السلوك أمكن الرجوع عنها. فهو حكم قائم على وقائع قابلة للتعديل والتغيير.

ويرى هذا الفقه أن هذه الطائفة من الأحكام الوقتية التى لها غـرض آخر غير مصالح الخصوم، لا تعد من قبيل الأحكام الصادرة قبل الفصـل فى الموضوع، بل لها استقلالا ذاتيا، وإنما تعد وقتية لأنـها قائمـة علـى ظروف متغيرة ، ويجوز تعديلها بتغيير الظروف.

ويشترك الحكم المستعجل مع الحكم الوقتى من حيث قيامـها علـى ظروف ووقائع قابلة للتعديل والتغيير ويزيد علـى الحكـم الوقتـى بأنـه يحتوى على عنصر الاستعجال. بمعنى أن الدافع المحرك والباعث الملجئ إلى القضاء فى مثل هذه الحالة هو إحاطة هـذه الوقـائع بخطـر داهـم يتعرض له أصل الحق المتنازع عليه بالفعل والذى لم يصدر فيه بعد حكـم من القضاء الموضوعى، أو ذلك الحق الذى لم يحل أجله حتى يمكن رفـع الدعوى بشأنه أمام القضاء . وعلى ذلك فالحكم الوقتى لا تكتنفه ظـروف الخطر الداهم أو العجلة ، عكس الحكم المستعجل الذى يقوم علـى هـذه الظروف.

وتدور حول هذا الحكم أيضا محاورات حيازتـه أو عـدم حيازتـه لحجية الشئ المقضى، وكونه قطعى أو غير قطعى ، وكونه قابل للتعديـل والتغير أو لا بحسب قابلية الوقائع المبنى عليها لهذا التعديل والتغيـير أم لا. وسنزيد هذه المسألة إيضاحا فيما بعد.

كما أن الحكم الوقتى والحكم المستعجل كلاهما لا يقيد محكمة الموضوع عندما تفصل فى الموضوع، إذا صدر هذا الأخير بعد صدور الحكم الوقتى . كما أن الحكم فى الموضوع يؤدى إلى سقط الأحكام الوقتية السابق صدورها عليه كما سنرى من بعد أيضا .

كما يلاحظ أن تقدير تغيير الظروف أو عدم تغيرها هو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض، وعلى محكمة الموضوع أن تبين فى حكمها الأسباب الجديدة التى لم تكن موجودة من قبل، وتراقبه محكمة النقض فى ذلك.

٣٤- وفى العلاقة بين الأحكام الوقتية والخصومة المدنية نلاحظ أن هذه الأحكام تزول مع الخصومة التى صدرت فيها. ونقصد بذلك خصومة قضاء المنازعات أو الخصومة المتعلقة بالحكم الموضوعى. سواء كان هذا الزوال نتيجة صدور الحكم الموضوعى الذى اتخذ الإجراء المؤقت حماية له. حيث أنه بصدور هذا الحكم لم تعد فى حاجة للحماية الوقتية التى تكون قد أدت وظيفتها واستنفذتها وسقطت مراكزها ، بظهور الحماية الموضوعية وتصاعد مراكزها.

أما إذا انتهيت الخصومة الموضوعية بغير حكم فى الموضوع فيرى الفقه أن الأحكام الوقتية التى اتخذت فيها تسقط بالتبعية لها. عكس الأحكام القطعية التى لا تسقط أو تزول بزوال هذه الخصومة. والسبب فى ذلك ربما يرجع إلى أن القاضى يستنفذ ولايته بالنسبة لهذه الأخيرة ولا يملك العدول عنها ولأنها تستقل بذاتها عن ذات الخصومة التى صدرت فيها، أو لأنها تستنفذ الإجراءات التى بناء عليها صدرت وبالتالى فإن صدورها يكون ومن قبل زوال الخصومة ككل قد أزال الإجراءات التى بناء عليها صدرت، كأثر طبيعى لإستهلاك الحكم للإجراءات التى صدر بناء عليها.

وهذا هو نفس الأساس الكامن لدى غالبية الفقه حينما يشير

باختصار إلى بقاء الأحكام القطعية رغم زوال الخصومة.

أما سبب زوال الأحكام الوقتية بسقوط الخصومة فيرجع إلى الدور الوظيفي الذي تقوم به الأحكام الوقتية . فهي تهدف إلى حماية وقتية قضائية إلى حين صدور الحكم في الموضوع وتنتهي وظيفتها عند هذا الحد. فإذا تحقق لدينا أن حكما في الموضوع لن يصدر، فإنه في ذات اللحظة يتحقق لدينا أن حماية وقتية لن يكون لها جدوى، إلا عرقلة الحيلة القانونية لحق غير معروف هويته حتى هذه اللحظة ، وبالتالي يتعين زوال هذا الحكم الوقتي مع خصومة الحق الموضوعي التي زالت دون الفصل في الموضوع.

ويرى البعض أن الأحكام المشتملة على قضاء مختلط قطعي ووقتي بحيث لا يمكن الفصل بينهما، فإن بقاء الشق القطعي رغم زوال الخصومة دون فصل في الموضوع ، يؤدي إلى زوال الحكم الوقتي لدواعي الارتباط.

كما يلاحظ أن التنفيذ المستمر للحكم الوقتي يؤدي إلى وجود مانع يحول دون سقوط الخصومة، حيث لا يوجد إهمال في السير في الإجراءات ، لأن تنفيذ الحكم يعتبر مانع من السقوط.

٣٥- في نطاق هذه الجزئية من البحث نحن نريد التحقق من مدى حيازة أو عدم حيازة الأحكام الوقتية والفرعية والقطعية لحجية الشيء المقضي وذلك لإستكمال تعريف فكرة الحكم القضائي عنوان هذه المقالة. فلنتابع ذلك قبل أن نسلم أنفسنا إلى الدراسة التحليلية لهذه العناصر.

يرى البعض أن الأحكام الصادرة بضم الدعوى هي دائما أحكاما قطعية. ورآها البعض الآخر أنها مجرد أحكام تحضيرية لأن الهدف منها هو التوصل للفصل في النزاع. بينما رآه البعض الآخر أنها مجرد أحكاما تمهيدية . وانصرف البعض الآخر إلى أن أحكام الضم لا تعتبر أحكاما، بل هي عملا من أعمال الإدارة القضائية . وذلك لأنه لا يفصل في مسألة

الاختصاص أو القبول ، وإنما يرمى إلى تيسير الفصل فى الدعوى بتحديد أسلم السبل فى هذا الصدد(١).

ونحن نرى أن القرار الصادر بالإحالة من وإلى دائرتين من دوائر المحكمة لنقل الدعوى من واحدة لأخرى لدواعى الارتباط أو وحدة النزاع هو مجرد قرار يعتبر من أعمال الإدارة القضائية. أما الإحالة من محكمة إلى محكمة أخرى لأى سبب فقد يكون نتيجة حكم كالإحالة بعد الحكم بعدم الاختصاص وفقا للمادة ١١٠ مرافعات. أو الإحالة للارتباط أو لقيام ذات النزاع فهذه الإحالة تتم نتيجة حكم فرعى قطعى صادر فى مسألة أولية، هى تجميع الدعاوى المشتركة العناصر أمام محكمة واحدة لإمكانية الفصل الفعال فى المنازعات- ويقتضى ذلك حسم مسألة الإحالة بهذا الحكم الفرعى.

وفيما يتعلق بالحجية وخروج النزاع من ولاية المحكمة أى استنفاذ الولاية، فإن المستعرض لأقوال بعض الفقه يرى أمورا توجب الحيرة مثال ذلك ما يراه البعض من أن : "الأحكام القطعية المتعلقة بالإثبات فهى أحكام تحوز الحجية ولا تملك المحكمة العدول عنها"(٢).

أى أنها أحكام تحوز الحجية وتستنفذ ولاية المحكمة التى أصدرتها بشرط أن تكون أحكاما قطعية من متعلقة بالإثبات .

كما يرى هذا الفقه أن خروج النزاع من ولاية المحكمة التى أصدرت الحكم يكون بالنسبة لجميع الأحكام القطعية موضعية كانت أو وقتية(٣).

---

(١) ويلاحظ أن الضم هو غير الإحالة للارتباط أو لقيام ذات النزاع، لأن الضم يتم داخل نطاق ذات المحكمة الواحدة ويكون إما للارتباط أو لوحدة النزاع، وعند الضم للارتباط تحتفظ كل دعوى بذاتيتها، ويصدر فيها حكم مستقل ، أما الإحالة للارتباط فتتم أمام محكمين مختلفين .

(٢) أبو الوفا. الأحكام . ط٥ . ص ٤٩٧ .

(٣) أبو الوفا. الأحكام . ط ٥ . ص ٤٩٨ .

ويتعلق استنفاذ الولاية بالنظام العام حتى وإن كانت الحجية لا تتعلق بالنظام العام . ويلاحظ أن المادة ٤٨٣ مرافعات فرنسى جديد لا تجعل الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع منهية لولاية القاضى . والقاعدة إذن لدى هذا الرأى هى أنه يشترط لخروج النزاع من ولاية المحكمة أن يصد حكما فيه، وأن يكون هذا الحكم قطعيا، وألا يطرح الموضوع من جديد على المحكمة فى شكل تظلم من حكمها الأول.

كما يرى هذا الفقه أن الأحكام الفرعية تنحصر حجيتها فى نطاق الخصومة الصادرة فى أثنائها. كما يرى أن الحكم الفرعى لا يقيد إلا ذات المحكمة التى أصدرته فى ذات الخصومة الصادر فيها(١).

وتنص المادة ٤٨٠ فرنسى جديد على أن الحكم الذى يحسم النزاع كله أو فى شق منه، أو الذى يفصل فى دفع شكلى أو فى دفع بعدم القبول أو فى أية مسألة فرعية يحوز بمجرد النطق به حجية الشئ المحكوم فيه فيما تم حسمه من النزاع.

ومعنى ذلك أن الحكم القطعى موضوعيا كان أو صادرا قبل الفصل فى الموضوع، صحيحا كان أو باطلا، أو مبنيا على إجراء باطل، يحوز الحجية فى جميع الأحوال بمجرد صدوره(٢).

٣٦- بعد هذا الاستعراض المختصر لأفكار الأحكام الوقتية، المستعجلة، القطعية، غير القطعية، الصادرة قبل الفصل فى الموضوع أو الفرعية، استنفاذ الولاية ، حجية الشئ المقضى به . فإننا نود إبراز أن مجال عملنا تقتصر فقط على بحث مدى وصحة حيازة الأحكام السابقة لحجية الشئ المقضى به. بمعنى هل تحوز هذه الأحكام تلك الحجية أم لا

---

(١) كل نزاع يفصل فيه القاضى بحكم قطعى يخرج من ولاية القاضى، وإنما ليس كل نزاع يفصل فيه يحوز الحجية .

(٢) أبو الوفا . الأحكام ط ٥. ص ٧١١.

نقض مدنى ٢٨/١١/١٩٧٨ رقم ٧٧ س ٤١ق .

تحوزها؟ وهذا ما سنحاول معالجته الآن.

١- مدى حيازة الحكم الوقتى لحجة الشئ المقضى به:

سبق تعريف الحكم الوقتى، كما هو معروف لدينا مفهوم حجية الشئ المقضى به. ومن نص المادة ١٠١ من قانون الإثبات فإن هذه الحجية تثبت للأحكام الفاصلة فى حقوق . ويقصد بهذه الحقوق تلك المتولدة من فروع القانون الخاص ، سواء تعلق الأمر بالحق نفسه، أم بجزء منه، أم بمسألة تتعلق به، وذلك إذا ما صدر الحكم فى هذا الحق قطعيا من القضاء فى نزاع نشب بين الخصوم. والحجية تقوم على فكرة منه تأييد النزاع ومنع تعارض الأحكام بصدور أحكام متعددة فى النزاع الواحد فى الأحوال التى لا توجد فيها هذه الحجية ما يفتح الباب لقيام التعارض بين الأحكام . كما أن هذه الحجية تقوم على أساس وجوب احترام عمل القاضى .

وتستمد الأحكام حجيتها من القانون، وتحليل ذلك فى رأينا يرجع إلى أن الحماية القانونية للحقوق الموضوعية توجد فى ذات القاعدة القانونية المقررة لهذا الحق، ووجودها يكون فى شكل عنصر من عناصر هذه الحماية، وهى ترتب أثرها بقوة القانون متمثلا فى الردع العام الذى تكفله القاعدة الموضوعية قبل وقوع الاعتداء على الحق الموضوعى. كما تكفل احترام هذا الحق الموضوعى حتى بعد وقوع هذا الاعتداء فى الأحوال التى يتم فيها جبر الضرر المتولد من هذا الاعتداء بالإرادة الحرة المنفردة أو بالاتفاق بين محدث الضرر والمضرور دون حاجة للالتجاء إلى القضاء. وهنا تكون الحماية القانونية للحق الموضوعى لها كامل الفعالية وللقاعدة الموضوعية كامل الاحترام وذلك عن طريق التطبيق التلقائى الحر لإرادة القانون بواسطة المخاطبين بأحكام.

فإذا ما وقع الاعتداء على الحق، وامتنع محدث الضرر عن جبر هذا الضرر رضائيا، لم يبقى أمام المضرور إلا اللجوء إلى القضاء، لاستخدام الأدوات الإجرائية فى سبيل استصدار حكم قضائى يؤدى إلى

إعمال عنصر الجزاء الكامن فى القاعدة القانونيـــة الموضوعيـــة القابلـــة للإعمال على النزاع القائم أمام القضاء. وبما أن قانون المرافعـــات هـــو قانون جزائى يؤدى إلى إعمال الجزاءات القائمة فى القوانين الموضوعية، فإن ذلك يؤدى إلى ضرورة احترام القضاء الصـــادر فـــى هـــذه الحالـــة احترامه من الخصوم ومن المحاكم ومن ذات المحكمة التى فصلت فيه.

ومن هنا يقال أن الحكم الصادر فى الموضوع أو فـــى أى مســـألة متعلقة به إذا كان قطعيا فهو يحوز حجية الشئ المقضى به. وتكون هـــذه الحجية مستمدة من القانون بشكل مباشر ، فهى ليست مـــن صنـــع الإرادة الفردية للخصوم، ولا من صنع إرادة القاضى وإنما هى من صنع القـــانون وأثر من آثاره . صحيح أن الخصوم قد يشتركون فى ذلك عـــن طريـــق التوجيه والإعداد لذلك. وشرح هذا يكون فى الحالة التى يقع عليهم عـــبء الإدعاء بالوقائع التى من مجموعها يتولد الحق أو المركز القانونى المدعى به، فهم يدلون بالوقائع التى يكون من شأنها تحديد الأساس المادى الواقعى الذى من شأنه توليد أو تأسيس هذا الحق. وهذه مساهمة منهم فى اختيـــار الجزاء القانونى الذى سيوجه إلى الاعتداء الحاصل للحق الموضوعـــــى ، كما أن القاضى بما يقوم به من تكييفات وتقديرات قانونية يساهم هو أيضـــا فى اختيار القاعدة الواجبة التطبيق واختيار نوع الجزاء الإجرائي الواجـــب التطبيق ثم إنزاله على النزاع . وعلى ذلـــك ينحصـــر تدخـــل الخصـــوم والقاضى فى تحديد الجزاء الواجـــب التطبيـــق عنـــد مخالفـــة القواعـــد الموضوعية المنظمة لأصل الحق.

أما القانون فهو الذى يستقل وحده بنشأة حجية الشئ المقضـــى بـــه وتحديد آثارها بالنسبة للخصوم وبالنسبة للمحاكم .

والحجية فى القانون المصرى تتعلق بالنظام العام، مادة١٠١ إثبـــات وهى تلحق بالأحكام القطعية الصادرة فى الموضوع بصفة عامة، ويعتـــبر الحكم صادرا فى الموضوع إذا كان صادرا فى موضوع الإدعـــاء ذاتـــه بطريق مباشر بإجابته كليا ، أو رفضه كليا . كما يقصد بقطعيـــة الحكـــم

عدم جواز الرجوع فيه من نفس المحكمة التى أصدرته . ولهذا قيل أن كل حكم يجوز الحجية هو حكم يستنفذ الولاية والعكس غير صحيح .

ويعتبر الدفع بالحجية، أى بسبق الفصل فى الموضوع من قبيل الدفوع بعدم القبول ، التى يجوز أن تبدى فى أية حالة كانت عليها الدعوى عملا بالمادة ١/١١٥ مرافعات.

كما يمكن التمسك بالحجية فى صورة طلب: مثال ذلك المطالبة بالريع بناء على حكم صادر بالملكية، أو المطالبة بالفوائد وبعد الحكم بالمديونية. فهنا يكون التمسك بالحجية المنبثقة من الحكم فى الملكية، أو المديونية من جانب المدعى ، بطلب وليس بدفع.

ويكتسب الحكم حجيته من يوم صدوره ولو كان قابلا للطعن فيه ، وهذه الحجية تقف بمجرد رفع الاستئناف، وإذا رفض الاستئناف صار حائز لقوة الأمر المقضى .

وتظل الحجية موقوفة إلى أن يفصل فى الاستئناف من الناحية الموضوعية[(١)].ولاكتساب الحكم القضائى لحجية الشئ المقضى به يجب توافر الشروط التالية:

١- أن يكون الحكم قرارا صادرا من محكمة أو هيئة قضائية، مشكلة بشكل صحيح . فى خصومة رفعت إليها وفقا لقواعد المرافعات.

وتقتصر الحجية على الأحكام بالمعنى الصحيح، سواء كانت صادرة فى مادة مدنية ، تجارية ، إدارية ، جنائية، صادرا من محكمة مدنية أو جنائية أو إدارية ، محاكم تابعة لجهة قضائية أو محاكم متخصصة.

---

(١) نقض مدنى ١٩٨٠/٥/١٧ طرقم ٣٢١ س ٤٥ ق.
نقض مدنى ١٩٨٤/٦/١٣ طعن رقم ٨٥٤ س ٥٠ق .
نقض ١٩٨٨/١٠/٢ ط ٩٧١ س ٥٥ ق. نقض ١٩٨١/٦/١٦ س٣٢ ص٩.
نقض ١٩٩١/١٢/٣ ط ٢٩٤٠ س ٥٨ ق.

ويستوى أن يكون الحكم صادرا فى طلبات أصلية ومفتتحة للخصوم اوفى طلبات عارضة ، أو عند التدخل والاختصام.

ويكتسب الحكم الحجية متى كان صادرا من جهة قضائية مختصة حتى ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة داخل هذه الجهة. أما القرارات القضائية الصادرة من هيئات قضائية متخصصة فى غير ما تختص به فتكون هى والعدم سواء. ولا تلحق القرار المعدوم أية حجية.

أما الأعمال الصادرة من المحاكم بما لها من سلطة ولائية كالأوامر على عرائض، وبما لها من سلطة إدارية فإنها لا تحوز الحجية مثل الأحكام ، ويلاحظ أن الحكم الصادر فى التظلم من هذه الأعمال يعتبر حكما قضائيا وتبحث حالته وما إذا كان يحوز أو لا يحوز الحجية؟

٣٨- وبالنسبة للحكم الوقتى السابق الإشارة إليه يرى بعض الفقه والقضاء أنه يجوز الحجية الكاملة ما لم تتغير الظروف والاعتبارات التى بنى عليها الحكم(١).

ثم يقول هذا الرأى أن الحكم الوقتى لا يحوز أية حجية عند نظر الدعوى المتعلقة بأصل الحق، لأن هذه الدعوى تختلف موضوعا وسببا عن الدعوى المستعجلة(٢).

ووفقا لهذا الرأى نرى وجوب تقسيم هذا الفهم إلى ما يلى :

١- حالة صدور الحكم الوقتى مع عدم تغيير الظروف التى نشأ فيها هذا الحكم .

٢- حالة تغيير الظروف التى نشأ فيها هذا الحكم .

---

(١) أحمد أبو الوفا. الأحكام ط ٥ ص ٤٩٧.
نقض مدنى ١٩٧٢/٥/٢٤ س ٢٣ ص١٠٠٣ .
(٢) نقض مدنى ١٩٧١/١/١٩ س ٢٢ ص ١٧.
نقض ١٩٨٥/٤/١٠ ط ١٢٥٤ س ٥١ ق. نقض ١٩٨٩/١/٢٥ ط١١١ س ٥٢ق.
نقض ١٩٨٨/١١/٢٠ ط٢٦ س٥٨ ق. نقض ١٩٨٩/٣/٢٠ ط ١٥٢٨س ٥٦ق.

فى ظل هذا التقسيم فإن الحكم الوقتى يظل باقيا طالما ظروف صدوره لم تتغير، وما زال الحق الموضوعى فى حاجة إلى الحماية الوقتية التى يكفلها له الحكم الوقتى. بقاء ظروف إصدار هذا الحكم معناه بقاء العوامل المؤثر على أصل الحق وهى الأسباب البعيدة لنشأة الحاجة إلى الحماية الوقتية . وهنا يظل الحكم الوقتى قائما مشعا فعالية تنفيذية لصالح الحق الموضوعى. فهو يحمى هذا الحق ويعزز وجوده.

وهو ما يساهم فى وقاية هذا الحق الموضوعى وحمايته بما يكفله من اتخاذ تدابير وقائية، وإجرائية تحفظية، تؤدى إلى حماية الحق ، كل ذلك دون أن تؤدى هذه الإجراءات بذاتها إلى إكساب الخصوم حقوق موضوعية ليست لهم أو إهدارها .

والخلاصة فبقاء ظروف الواقع التى أفرزت الحكم الوقتى هى نفسها مبرر بقائه لأنها أساس استمرار وظيفته. بقاء هذه الوقائع المهددة للخطر بالنسبة للحق الموضوعى هى عينها أساس بقاء الحكم الوقتى، فهو مرتبط بها رباطا شرطيا مستمرا وجودا وعدما، وفقا لمبدأ الطلب. أى أن وجودها يجيز للخصوم طلبها، وعدم وجودها يزيح هذه المكنة.

فإذا لم توجد هذه الوقائع المتغيرة المؤثرة تأثيرا سلبيا على الحق الموضوعى وجودا، آثارا، انتقالا، إنقضاء ما أمكن لذى الشأن المطالبة بالحماية الوقتية .

هذه الحماية الوقتية هى فكرة فى الأصل زمنية- عملية -- مؤقتة – زمنية لأنها محددة بالمدة اللازمة للحصول على الحماية القانونية للحق الموضوعى ذاته قضاء أو اختيارا. مؤقتة لأنها ليست دائمة فبمجرد الحصول على الحماية الموضوعية أيا كانت وسيلة الحصول على الحماية الوقتية تتلاشى وتزول وتحل محلها الحماية الموضوعية الأصلية .

عملية، فالحماية الوقتية هى حماية عملية متحركة ، فهى تقتصر على الأمر باتخاذ إجراء وقتى أو تحفظى أو تدبير مؤقت يتلائم مع الحق

المطلوب حمايته إلى أن يحل أجل المطالبة به، أو إلى أن يفصل فيه إذا كان ما زال مطروحا أمام القضاء الموضوعي ولم يصدر فيه الحكم الموضوعي بعد .

والحكم الوقتي يقطع في هذه المسائل بشكل مؤقت، والتأقيت ينبع إما من انتظار رفع النزاع الموضوعي ، أو انتظار الفصل فى هذا النزاع، إذا كان قد رفع قبل الحصول على الحكم القطعي. كما قد يرجع التأقيت إلى مجرد الحصول على الحكم القطعي للحصول على الحماية الموضوعية الكافية فيه، فيحل بذلك محل الحماية الوقتية.

٣٩- فى جميع هذه الأحوال كانت الحماية الوقتية تبقى لصيانة الحق الموضوعى طالما بقيت عناصر الواقع التى أفرزت الحكم الوقتى وبالتالى كان لا يجوز تغييره بآخر لطلب حماية مناقضة للأولى. وبالتالى كان واجب الاحترام من القضاء الذى أصدره ومن أى قضاء آخر. كما كان يجب على الخصوم احترامه. وذهب البعض إلى أن للحكم الوقتى فى مثل هذه الحالات حجية الشئ المقضى به فى النطاق الذى يبقى فيه هذا الحكم قائما، مع قيام الوقائع التى أدت إليه وأفرزته. وذهب البعض إلى أن حكم قطعى يفصل بصفة قطعية مؤقتة فى مسائل قابلة للتعديل والتغيير، ويبقى ببقاء هذه المسائل ويزول بزوالها. وعند زوال هذه المسائل يمكن المطالبة بحكم وقتى جديد يستجيب للوقائع الجديدة ويمنح الحماية القابلة للتولد من هذه الوقائع الجديدة.

وفى كلمة واحدة، لا شك أن الحكم القضائى الوقتى من أى قاضى صدر، هو حكم قطعى، لأنه يستنفذ ولاية القاضى فى المسألة التى فصل فيها، ولا يجوز العودة إليها. وهذه المسألة هى تقرير وجود الحاجة إلى الحماية الوقتية والأمر بها. هذا القرار يقطع بما ورد فى مضمونه بشكل نهائى من القاضى الذى أصدره. ويستنفذ ولايته بالنسبة لما فصل فيه. وبما أن للحكم الوقتى خصائص معينة هى قيامه على وقائع متغيرة

متحركة، فإنه ينشأ من هذا الواقع رباط شرطى بين هذه الوقائع وبين الحكم الصادر بناء عليها، فيبقى هذا الأخير ببقاء الأولى. ويزول ويمكن استبداله بزوال واستبدال الوقائع . فعند تغيير البنيان الواقعى الصادر بناء على الحكم فإنه من الممكن التقدم بطلب جديد يرمى إلى الحصول على حماية قضائية جديدة. ولا يدفع فى هذه الحالة بحجية الشئ المقضى به، لأن الذى دفع المدعى للتقدم بطلب جديد هو اختلاف الوقائع الحالية عن الوقائع السابقة وبالتالى اختلاف سبب وموضوع الدعوى الجديدة، فلا نكون إزاء ذات الدعوى.وبالتالى تثار الحجية بفرض جوزا الاستناد إليها.

ومن جهة أخرى، فإن الحكم الوقتى لا يقيد محكمة الموضوع، لاختلاف الدعوى الوقتية عن الدعوى الموضوعية موضوعا وسببا . كما أن محكمة القضاء الوقتى لا تتقيد هى نفسها بما أصدرته من قضاء وقتى إلا إذا لم تتغير الظروف التى صدر فيها القضاء الوقتى الأول. وهذا يرجع إلى الارتباط الشرطى القائم بين القضاء الوقتى والواقع الصادر بناء عليه. وهذا الكلام فى مجمله صالح للإعمال على القضاء الصادر فى الموضوع والذى يكتسب الحجية الموضوعية حسب القواعد العامة. فهذه الأخيرة تكون للأحكام القطعية الصادرة فى الموضوع بالمعنى الواسع بناء على ذات السبب وبين نفس الخصوم .وبالتالى رفع الدعوى بذات هذه العناصر من جديد يؤدى إلى عدم القبول لسبق الفصل فى الموضوع . وإذا حدث تغيير فى أى عنصر من هذه العناصر ورفعت الدعوى من جديد صرنا أمام دعوى مبتدأة تختلف عن الدعوى السابق وتكون واجبة القبول والفصل فيها ولا يجوز دفعها بالحجية لسابقة الفصل فيها.

٤٠- بناء على هذا التحليل لا يكاد يوجد فارق بين حجية الحكم الصادر فى الموضوع والحكم الصادر فى المسألة الوقتية؟ والواقع فإن الأمر يكون كذلك لأول وهلة. إلا أن التعمق فى المسائل يجد أن هناك فارقا جوهريا بين هذه الأحكام وتلك . فالأحكام الأولى هى أحكام صادرة فى موضوع النزاع المتولدة عن القانون الخاص بالمعنى الواسع، وهى

أحكام قطعية تقوم على وقائع ثابتة وغير متغيرة تهدف إلى حسم النزاع على أصل الحق. وبما أنها كذلك فعلى المشرع أن يحيطها بسياج من القوة هذا السياج هو حجية الشئ المقضى به بما تكفله من مناعة تحول بينها وبين إعادة طرحها للمرة الثانية بشكل مبتدأ على القضاء بعد سبق الفصل فيها، أو بمنع المحاكم من إعادة النظر بما سبق القضاء فيه من قبل.

كما أن مطلوب المدعى يتوجه مباشرة إلى المطالبة بنتيجة متعلقة بأصل الحق ذاته، أو بمسألة متفرعة عنه، أو مشتقة منه، وليس هكذا يكون مطلوب المدعى فى الدعوى الوقتية، ذلك الذى يطالب بحماية وقتية، أو باتخاذ إجراء تحفظى أو وقتى لحماية أصل الحق من الخطر الداهم الذى يتعرض له . فنوع الحماية يختلف فى نوعى القضاء. حماية وقتية قائمة على ظروف متغيرة ، متقلبة، وحماية موضوعية قائمة على ظروف ثابتة متحققة ولدت ضررا حالا واقعا ، أو بالأقل أوقعت إيذاء بأصل الحق ولد أو فى سبيله لتوليد ضرر ولهذا الحق ويطالب المدعى بجبر هذا الضرر.

ومن جهة أخرى فقد سبق القول بأن حجية الشئ المقضى به تجد مصدرها فى القاعدة القانونية الموضوعية المنظمة لأصل الحق الموضوعى المتعدى عليه والمطلوب حمايته قانونا، وقلنا آنذاك أنها توجد ضمن عناصر ذات الحماية القانونية وتعتبر من ضمن آلياتها وفعالياتها بحيث أن هذه الحماية تكون فعالة بواسطة ما لها من حجية بالإضافة إلى باقى عناصر الإلزام فى هذه القاعدة.

وبناء على ذلك فتواجد الحجية بهذا الشكل يكون ضمن قواعد القانون الموضوعية المتعلقة بأصل الحق، والخاصة بالحماية القانونية لهذا الحق، مما يدل على أن الحجية لا تكون إلا للأحكام الصادرة بصفة قطعية فى أصل الحق. دون غيرها من الأحكام . أما التنظيم الإجرائى لهذه الحجية من حيث آثارها الإجرائية وخلافه، فيتم تنظيمها بواسطة قانون

المرافعات . والحجية الموضوعية تقيد المحكمة التى تتوصل إليها، كما تؤدى إلى كسب الحقوق وإهدارها ، كما تؤدى إلى منع استخدام الدعوى القضائية أكثر من مرة واحدة بالنسبة للحق الواحد فى ظل ثبات العناصر والظروف التى تثبت لها وصدرت بناء عليها.

أما الأحكام الوقتية فهو نتيجة للحماية الوقتية التى ينظمها القانون الإجرائى، وهى لا تؤدى إلى كسب الحقوق الموضوعية أو إهدارها. ولا تقيد قاضى الموضوع ، ولا تؤثر موضوعيا فى أصل الحق، بل تحميه من الخارج بإجراءات تحفظية وهى تتمتع بوجود مؤقت، رهين بنشأة الحماية القضائية الموضوعية وتواجدها. فمن هذه اللحظة تسقط الحماية الوقتية حين يتضح عدم لزومها فى وجود الحماية القضائية الأصلية لأصل الحق.

والحماية الوقتية هى الأثر الذى يمنحه القانون لصاحب الحق نتيجة قيام ظروف تهدد هذا الأخير فى وجوده أو فى قيمته، ويترتب على هذا الأثر حق الخصم فى المطالبة باتخاذ إجراء وقتى تحفظى أو تدبير وقائى، يهدف إلى الحفاظ على هذا الحق الموضوعى حتى يصدر فى شأنه الحكم المقرر للحماية القضائية الموضوعية فى الحماية الموضوعية للحق نحن نعرف من هو المدين ومن هو الدائن ونطاق الحق الموضوعى وأثاره وحالات بقائه وانقضائه أما فى الحماية الوقتية فنحن لا نعرف شئ من ذلك لأن الحكم الوقتى خارج عن كل هذه المسائل .كما أن الحماية الوقتية لا تقيد قاضى الموضوع وهو يفصل فى أصل الحق، وما كان لها أن تقيده لاختلاف سبب وموضوع ومحل هذه الحماية عن الحماية الموضوعية وبالتالى كان لقاضى الموضوع أن يحكم على خلاف الحماية الوقتية حتى ولو كان هو الذى أصدر الحكم الوقتى.

وفى هذا الوضع إن قيل، بأن للحكم الوقتى حجية، فإنها تتناقض فى هذا المجال مع الحكم الصادر فى الحماية الموضوعية المتعلقة بأصل الحق ، وهذا ما لم يقل به أحد.

٤١- وفى كلمة واحدة، يمكن القول، بأن الحاجة لإعمال نظام حجية الشئ المقضى به تكون غير متوافرة فى نطاق الأحكام القضائية الوقتية وبشكل أوسع فى ظل النظرية العامة للقضاء الوقتى.

فحجية الشئ المقضى كما يعرفها القانون الموضوعى، ليس لها دور وظيفى فى نطاق الأحكام الوقتية سواء كانت وقتية مستعجلة أو وقتية عادية عند من يرى أن الأحكام المستعجلة تحتمل هذا التقسيم.

فوظيفة الحجية كما نعرف هو أنها نظام إجرائى ذو محتوى موضوعى. وهى نظام مؤقت يلعب دوره خلال فترة زمنية محددة بعد صدور الحكم الموضوعى، إلى أن يتحدد مصيره من حيث قابليته للطعن، أو عدم القابلية، ومن حيث الفصل فيه من محاكم الطعن العادى، وخلال فترة الطعن تقف الحجية، وبعد الفصل فى الطعن العادى أو تحديد مصير الحكم المطعون فيه بهذا الطريق تسقط المراكز الإجرائية لهذه الحجية، وتحل محلها فكرة صعود مراكز قوة الشئ المقضى به وهى صفة جديدة من أوصاف الأحكام لها أيضا وظيفة مؤقتة وآثار محددة لا مكان لدراستها هنا.

كل ذلك يختلف عن الحكم الوقتى فلو قلنا بأن له حجية فإن ذلك يتناقض مع فكرة التأقيت التى تسيطر ليس فقط على ذات كيان الحكم الوقتى، بل وعلى آثاره كلها، فكل هذا الحكم مآله الزوال بصدور الحكم الموضوعى الذى يقرر الحماية القضائية الموضوعية وحتى إذا عبر الحكم الوقتى محكمة الاستئناف، والنقض، فإن ما يلحق الأحكام الموضوعية من آثار مترتبة على هذا العبور تؤدى وظائفها إجرائية وموضوعية ، كقابلية الحكم للتنفيذ الجبرى العادى، وكالحق فى أخذ اختصاص على عقارات المدين ، أو تحول مدة التقادم، كل ذلك لا يمكن أن يتم بناء على حكم هو فى الأصل حكما وقتيا.

وبناء على ذلك فقوة الحكم الوقتى هى قوة ذات محتوى تحفظى أو وقائى أو هى قوة "حارسة" لأصل الحق المتنازع عليه الذى تحيط به ظروف مدمرة يخشى منها عليه ويراد اتخاذ تدابير حمائية فى مواجهتها.

على ذلك فللحكم الوقتى قوة وجود رهينة بقيام ظروف معينة أثـرت وتؤثر فى الحق المطلوب حمايته وتبرر اتخاذ إجراءات " حراسة" أيا كان شكلها أو إسمها لحماية هذا الحق حماية مؤقتة وليس حماية موضوعية نهائية. وتظل هذه الأحكام قائمة طالما بقيت ظروف ميلادها ويصيره الارتباط الشرطة بين هذه المراكز الإجرائية والمراكز الموضوعية قائما. وتبقى الأولى ببقاء الثانية وتزول بزوالها، إعمالا للقاعدة اللاتينية Ribus sic stantibus " .

وفى كلمة واحدة فإن الدور الوظيفى الذى من الممكن أن تؤديه فكرة حجية الشئ المقضى به لا يوجد فى نطاق الأحكام الوقتية، وتمشيا مع اعتبارات متعددة استبدلت بهذه الفكرة فكرة آخر مفادها إقامة العلاقة بين الحاجة إلى الحماية الوقتية، وبقاء الظروف المولدة لها قائمة، أو زوالها وانعدام آثارها. واعتبار الأحكام الوقتية داخله فى علاقة شرطية بين هذه الظروف وبين بقاء ذات هذه الأحكام.

٤٢- هل الأحكام الفرعية الصادرة قبل الفصل فى الموضوع تحوز حجية الشئ المقضى به أم لا؟

قضت محكمة النقض بأنه إذا كان تقدير الدليل لا يحوز قوة الأمر المقضى فإنه لا على المحكمة إن هى أخذت فى دعوى التطليق للضرر بشهادة شاهد سمعته هى وكانت المحكمة الجزئية قد تشككت فى حصة شهادته فى دعوى الطاعة[1]. كما يشترط لثبوت الحجية للحكم أن يكون حكما قطعيا وصادرا من جهة قضائية لها ولاية إصداره. والحكم القطعى حسب تعريف محكمة النقض هو الحكم الذى وضع حدا للنزاع فى جملته

---

(١) نقض ١٩٨١/١١/٢٤ ط ٣٥١ س ٤٨ ق/ نقض ٧٦/٤/٢٨ س٢٧ص١٠٢٨.

أو فى جزء منه أو فى مسالة متفرعة عنه بفصل حاسم لا رجوع فيه من جانب المحكمة التى أصدرته[1].

كذلك حكمت محكمة النقض بأن الحكم الصادر بإجراءات الإثبات لا تعتبر حكما قطعيا ولا يحوز حجية الأمر المقضى وفى ذلك كقول محكمة النقض أنه يجوز لمحكمة الموضوع العدول عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول. وهذا يدل على أن الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات لا تعتبر أحكاما قطعية ولا تحوز حجية الأمر المقضى[2].

ومع ذلك يرى بعض الفقه[3]أن الأحكام المتعلقة بإجراءات الإثبات تكتسب حجية الشئ المقضى به، وبالتالى تتقيد به المحكمة التى أصدرته، وتتقيد به أية محكمة أخرى يرفع إليها ذات النزاع ، أو أية محكمة يرفع إليها نزاع مرتبط به.

ويرى هذا البعض أيضا أن الحكم الفرعى أو الإجرائى يكتسب الحجية، مثال ذلك الحكم الصادر باسقاط الخصومة عملا بالمادة١٣٤ مرافعات ، أو الحكم بالإعتداد بترك المدعى لدعواه، أو الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن، أو الحكم بإعتبار الخصومة كأن لم تكن، أو الحكم بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى وإحالتها إلى المحكمة المختصة عملا بالمادة ١١٠ مرافعات . كما يرى هذا البعض أن الأحكام الإجرائية المتعلقة بسير الدعوى سواء أمام المحكمة التى تنظرها أو أمام أية محكمة أخرى تحوز الحجية ويتحفظ هذا الفقه ذاكرا أن الأصل فى قانون المرافعات القديم هو أن الحكم فى مسائل الاختصاص والإحالة لا يقيد إلا المحكمة التى قضت به. ويرى هذا الفقه أن القاعدة أصبحت بصدد المادة

(١) نقض ١٩٧١/٣/٩ ط ٣٠٠ س ٣٦ ق.
(٢) نقض ١٩٩٣/٤/٧ ط ٧٥٥ س ٥٦ ق.
نقض ١٨٨٤/٢/٢١ ط ١٠١٨ س ٥٠ق .
(٣) أبو الوفا - التطليق على الإثبات ط ١٩٩٤ الرابعة ص ٣٧٤.

١١٠ والمادة ١١٢ مرافعات هى أن الحكم بعدم الاختصاص والإحالة أو الحكم بالإحالة للارتباط أو لقيام ذات النزاع أمام محكمة أخرى يقيد المحكمة المحال إليها الدعوى(١).

٤٣- وبالعودة مرة ثانية إلى موضوع السؤال الذى طرحناه فى مقدمة هذه الفقرة حول مدى حيازة الأحكام الفرعية والإجرائية لحجية الشئ المقضى به.؟ فإننا نقول أنه يقصد بالأحكام الفرعية جميع الأحكام المتفرعة عن سير الخصومة وموالاة الحق فى الدعوى .وبالتالى قد يكون الحكم الفرعى صادرا فى الموضوع حاسما مسألة متعلقة به وقبل الفصل فى كامل الموضوع . ولا شك أن مثل هذا الحكم هو بلا جدال حكما فرعيا صادرا فى شق من الموضوع أو فى مسألة متعلقة به أو متفرعة عنه، وهى بالتالى يحوز حجية الشئ المقضى به بغض النظر عن قابليته أو عدم قابليته للطعن فيه، وأيا كانت طريق الطعن أو كيفيته مباشرا كان أو غير مباشر.

أما الأحكام الفرعية الصادرة مثلا فى الدفوع الإجرائية أو الدفوع بعدم القبول الإجرائية، أو فى مسائل الإثبات، أو فى المسائل الإجرائية الأخرى كسقوط الخصومة وقبول تركها وتقادمها. وسماع شاهد إحالة القضية للتحقيق، إلى الخبرة ... الخ فهل مثل هذه الأحكام تحوز الحجية ، سبق استعراض الخطوط العريضة فى الإجابة على هذا السؤال وآن الأوان لإبداء الرأى فى هذه المسألة . الأحكام الفرعية والإجرائية الصادرة قبل الفصل فى الموضوع متعددة منها ما هو قطعى ومنها ما هو غير قطعى . مثال الحكم بعدم الاختصاص ، عدم القبول ، بطلان ورقة، بطلان شهادة، شطب دعوى، تقرير انقطاع، كلها أحكام قطعية تحسم المسألة المطروحة ولا يجوز للقاضى الذى أصدرها العودة فيها وبها

(١) أبو الوفا - الإثبات ص ٣٧١ . المرجع السابق.
نقض ١٩٧٧/٤/١٣ ط ١٦ س ٤٤ ق.
نقض ١٩٦٧/١١/١٦ س ١٨ ص ١٦٩٩.

تستنفذ ولايته . واستنفاذ الولاية يتعلق بالنظام العام، ويتم هذا الاستئناف بين دفتى الخصومة أى داخلها ولا أثر له خارج هذه الخصومة. أى أنه فى دعوى جديدة إن طرحت ذات المسألة السابق الفصل فيها فإن القاضى الذى سبق له الفصل فى مثل هذه المسألة فى دعوى سابقة تكون له ولاية الفصل من جديد فى مثل هذه المسألة .

مثل هذا الحكم القطعى إذا انصب على مسألة إجرائية أو مسألة متعلقة بالإثبات، فإنه لا يكون قد تعرض لأصل الحق من قريب أو من بعيد، وبالتالى لا يتوافر مفترض هام من مفترضات حيازة الحكم لحجية الشئ المقضى به ، ألا وهو أن يكون الحكم صادرا فى الموضوع أو فى مسألة متعلقة بالموضوع أو متصلة به، وبالتالى لا تحوز مثل هذه الأحكام حجية الشئ المقضى به.

والذى حدى ببعض الفقه إلى القول بأن الحكم بالإحالة إلى المحكمة المختصة بعد الحكم بعدم الاختصاص، وأن المحكمة المحال إليها تلتزم بنظر الدعوى. ورأى أن إلتزام هذه الأخيرة بالدعوى المحالة إليها هو أثر يشبه أثر حجية الشئ المقضى به الذى يفرض التزام باحترام الحكم على المحاكم الأخرى، واستخلص من ذلك أن الحكم بعدم الاختصاص والإحالة هو حكم له حجية الشئ المقضى به.

مثل هذا الاستنتاج فى رأينا غير سليم لأن الذى فرض الالتزام على المحكمة المحال إليها بعد الحكم بعدم الاختصاص هو القانون نفسه إذا نصت المادة ١١٠ فى فقرتها الأخيرة على التزام المحكمة المحال إليها بنظر الدعوى. فالتزام هذه الأخيرة بنظر الدعوى يرتد مصدره إلى نص القانون، وليس إلى حجية الشئ المقضى به، حيث أن هذا الحكم لا يحوز هذه الحجية لأنه ليس من طبيعة الأحكام التى تحوزها.

ونفس الحل يكون أيضا بالنسبة للمادة ١١٢ مرافعات فى أحوال الإحالة للارتباط أو لقيام ذات النزاع فالأمر هنا لا يتصل بقريب أو بعيد

بفكرة حجية الشئ المقضى به ، بل بالتزام ينبع مباشرة من القانون.

أما فى الأحوال التى لا تكون فيها مثل هذه الأحكام قطعية ، أى يجوز للقاضى العودة فيها والحكم على غير موجبها، فهى أحكام لا تحوز حجية الشئ المقضى، ولا تستنفذ ولاية القاضى، والسبب فى ذلك يرجع إلى أنها تفتقد صفتى القطعية وصفة الفصل فى أصل الحق، وبالتالى تكون غير صالحة لأن تكون محلا للحجية، كما أن رجوع القاضى عما قضى به فى هذه الأحكام يؤدى إلى جعلها غير صالحة لتوليد أثرها فى استنفاذ ولايته.

٤٤- لكن لماذا ذهب الفقه السابق إلى القول بأن الأحكام الإجرائية والصادرة فى مسائل الإثبات تحوز حجية الشئ المقضى؟ ما هو هدفه من ذلك؟ هل يرمى بذلك إلى احترام هذه الأحكام وعدم تناقضها مع غيرها وكفالة الحكم فى المسألة الواحدة مرة واحدة أم ماذا؟

نحاول تعقب ذلك، ونأخذ مثال واحد، هو سقوط الخصومة المنصوص عليها فى المادة ١٣٤ مرافعات.

نفترض أن خصومة توافرت لها مفترضات سقوطها، ودفع بالسقوط وقبلت المحكمة الدفع، وحكمت على موجبه بسقوط الخصومة، وقامت مفاعيل السقوط وآثاره. هنا قال الرأى السابق بأن لهذا الحكم الفرعى الصادر قبل الفصل فى الموضوع أن له حجيته. مؤدى هذه عدم جواز طرح هذه المسألة من جديد أمام نفس القاضى الذى أصدرها، أو أمام أى قاضى آخر، كما أن مؤدى الحجية أيضا احترام القضاء الصادر فى هذه المسألة سواء من القضاء الذى أصدر الحكم أم من غيره طالما أن المسألة المثارة هى بعينها السابق صدور حكم فيها.

وبناء على ذلك، فهذا الحكم القطعى بسقوط الخصومة يفيد فى عدم تناقض الأحكام وعدم إصدار أحكام جديدة واحترام القضاء السابق وهذه بعض الأهداف الوظيفية لفكرة حجية الشئ المقضى به .

ولعلنا نتساءل ألا تكفى فكرة استنفاذ الولاية للوصول إلى نتائج مشابهة، لأن الحكم الصادر بسقوط الخصومة بما أنه حكم قطعى صادر قبل الفصل فى الموضوع، فإنه يستنفذ ولاية المحكمة بالحيلولة بينها وبين إعادة نظر ذات الموضوع السابق الفصل فيه. وإذا طرح عليها فى ذات الخصومة الحكم مرة ثانية بصفة قطعية فى ذات الموضوع السابق الفصل فيه، فإنها تحكم بعدم القبول لسبق إستنفاذ الولاية.

إذن فعن طريق نفس الأفكار يمكن بنا الوصول إلى نفس النتائج. إلا أنه ربما عن طريق الحجية تكون فرص الخصم أوسع حينما يتم التمسك بطلبه أمام محاكم الطعن حيث أن الحجية تكون موقوفة أمام هذه الأخيرة، فلو كانت هذه المحكمة هى محكمة الاستئناف فلربما أجابته إلى طلبه كما سنرى من بعد.

وندفع بالتحليل إلى أبعد من ذلك ، فطالما الوضع أمام أول درجة قد أفصح لنا عن عدم وجود فوارق بين الدفع بسبق الفصل والدفع باستنفاذ الولاية.

فإذا صدر الحكم فى ذات المثال السابق، وطعن فيه فرضا بالاستئناف، فإن الحكم الصادر فى الطعن قد يكون بتأييد الحكم الصادر، فلا يمكن بعد ذلك إثارة المنازعة فى هذه المسألة إلا عن طريق الطعن بالنقض . ونعتقد أن محكمة الاستئناف تستنفذ ولايتها بهذا الحكم . وأن أى كلام عن الحجية يجب الحذر فيه حيث أننا لسنا إزاء حكم صادر فى الموضوع . أما إذا ألغته محكمة الاستئناف فإنها لا تستطيع التصدى لنظر الموضوع حيث أنه لاحق لها فى التصدى وفقا للقانون المصرى، كما أن الأثر الناقل للاستئناف يقتصر على نقل مسألة السقوط الذى فصل فيه حكم أول درجة المطعون فيه، وبالتالى يتعين عودة الخصومة إلى أول درجة لاستنفاذ ولايتها بصدد الموضوع حيث أن محكمة الاستئناف لم تر أى موجب لإعمال السقوط فإعادة القضية إلى الدرجة الأولى لكى تبقى أمامها خصومة تنتظر الحكم فى الموضوع وبالتالى يكون حكم الاستئناف قد أزال من الوجود الحكم الابتدائى وأطاح بما له من حجية فى الرأى الذى

ينادى بها، كما يكون قد أطاح بما له من تمام استنفاذ ولاية أول درجة وتعود الولاية مرة ثانية إلى أول درجة لتلتزم بالفصل فى النزاع الذى تحتويه هذه الخصومة.

٤٥- هذه النتائج تترتب هكذا وبالتالى تتلاشى كل قيمة لفكرتى الحجية واستنفاذ الولاية أمام محكمة الاستئناف فى حالة إلغاء الحكم المطعون فيه فى الأحوال التى يقبل فيها مثل هذا الحكم الطعن بالاستئناف. أما إذا لم يكن هذا الحكم قابلا للطعن فيه بهذا الطريق فهو يظل حكما فرعيا صادرا قبل الفصل فى الموضوع لا يحوز حجته الشئ المقضى به وإنما يستنفذ ولاية المحكمة التى أصدرته.

ومن جهة أخيرة وكحجة دامغة على أن الأحكام الإجرائية والفرعية والصادرة فى مجال الإثبات لا يمكن أن تحوز الحجية بالمعنى المألوف لها يرجع إلى أن التقاضى وأمام هذه المرحلة من مرحلة تطور النزاع لا يستطيع أن يعلم من هو صاحب الحق الموضوعى المتنازع عليه . فصدور حكم بعدم الاختصاص أو الاختصاص، أو بعدم القبول أو بالقبول، وبسقوط الخصومة أو عدم سقوطها . وغير ذلك من أحكام فرعية فإن كل هذه الأحكام لا تدل بطريق مباشر أو غير مباشر على من يكون صاحب الحق الذى سيحتج فى مواجهته بحجية الحكم الفرعى لأن هذا الشخص غير معروف حتى هذه المرحلة وفقا للمفهوم العادى لحجية الشئ المقضى به.

والأحكام الفرعية والإجرائية والخاصة بالإثبات هى أحكام الهدف منها تمهيد السبيل نحو الكشف عن صاحب الحق الموضوعى، بحيث إذا صدر حكم فى الموضوع أما قبل هذه اللحظة فلا يكون لدينا هذا الشخص ولا يكون لدينا أيضا وفى نفس اللحظة حكما صالحا لحيازة الحجية، لأن المراكز الإجرائية المختلفة تكون فى حالة تصاعد مستمر بغية البحث عن هذا الشخص، فلا يجوز تركيزها قبل الوصول إلى غايتها ، كما لا يجوز إضفاء قيود عليها تحد من حرية انطلاقها فى البحث عن صاحب الحق الموضوعى.

وبهذا تنتهى هذه الدراسة التمهيدية فى فكرة الحكم القضائى.

الباب الأول
الأحكام التى يجوز الطعن فيها بالاستئناف

٨- تحديد الأحكام التى يجوز الطعن فيها بالاستئناف يهدف فى المقام الأول إلى تحديد نطاق الدراسة فى هذا الباب. وتحديد ما يجوز الطعن فيه بالاستئناف يقودنا بالضرورة إلى تحديد مقابل وموازى. وهو تحديد الأحكام التى لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف، بهذين التحديدين ينحصر نطاق البحث على وجه دقيق.

ولا يدخل فى قصدنا على وجه التحديد تناول الحكم القضائى فى ذاته بالدراسة فهذه الدراسة محلها يكون عمل مكرس لدراسة النظرية العامة للأعمال القضائية، ومع ذلك فسوف نشير إلى فكرة الحكم القضائى ذاته بالقدر الذى تستلزمه هذه الدراسة.

وتحديد ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف يقتضى منا تقسيم هذا الباب إلى فصلين، فى الفصل الأول نتناول الأحكام التى لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف ، وفى الفصل الثانى نتناول الأحكام التى يجوز الطعن فيها بالاستئناف.

فإذا ما انتقلنا إلى الدراسة التفصيلية لمحتويات هذا الباب أمكن لنا إيضاح كل هذه المسائل .

الفصل الأول

الأحكام التى لا تقبل الطعن بالاستئناف ;

٩- تحديد الأحكام القضائية التى لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف يقتضى منا أن نعالج فى مبحث أول الأحكام الانتهائية .

ونكرس المبحث الثانى لدراسة خاصة لاستئناف أوامر الأداء والأوامر على عرائض.

وفى مبحث ثالث وأخيراً نتولى دراسة فكرة التظلم من الأعمال الصادرة من جهات لا تعتبر محاكم بالمعنى الدقيق، مع بيان مركز الاستئناف من طرق التظلم المختلفة ولوجها بالنسبة لهذه الأعمال.

وننتقل الآن إلى الدراسة التفصيلية لكل أمر من هذه الأمور.[*]

---

[*] صدر القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ بتعديل بعض قواعد قانون المرافعات ونشر فى الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر "أ" بتاريخ ١٧ مايو ١٩٩٩ ويعمل به اعتباراً من ١٦ يوليو ١٩٩٩.

وقد تم تعديل قواعد الاختصاص القيمى للمحاكم الجزئية والابتدائية وبعض قواعد تقدير قيم الدعاوى كالتالى:

١- المحاكم الجزئية تختص ابتدائياً بالدعاوى التى تتجاوز قيمتها عشرة آلاف جنيه ويكون حكمها نهائياً إذا كان صادرا فى دعوى لا تزيد قيمتها عن ألفى جنيه(مادة ٤٢) .

٢- المحاكم الابتدائية تختص ابتدائياً بنظر الدعاوى التى تزيد قيمتها عن عشرة آلاف جنيه ويكون حكمها نهائياً إذا لم تتجاوز قيمة الدعوى عشرة آلاف جنيهاً (مادة ٤٧).

٣- وإذا كانت الدعوى بطلب غير قابل للتقدير بحسب القواعد المتقدمة اعتبرت قيمته زائدة على عشرة آلاف جنيه، (مادة٤١).

المبحث الأول

دراسة خاصة للأحكام الانتهائية

١٠- تحديد ما يعتبر من الأحكام انتهائياً يتضمن في ذات الوقت تحديد الأحكام التى لا يجوز الطعن فيها بالاستئناف، وفكرة انتهائية الأحكام القضائية وبالتالى عدم قابليتها – كقاعدة عامة – للطعن فيها بالاستئناف تقتضى تحديد الأدوات الفنية التى عن طريقها تكتسب هذه الأحكام هذا الوصف. بعد تحديد هذه الأدوات سوف نتولى تقييم النظام التشريعى المصرى وتحديد ما إذا كان يأخذ باتجاه موسع أو مضيق لاستئناف الأحكام القضائية.

ومن جهة أخرى فإن الدراسات المقارنة مع القانون الفرنسى توضح لنا نظام الطعن بالاستئناف على وجه الخصوص يشهد حالياً، ومع صدور قانون المرافعات الفرنسى الجديد سنة ١٩٧٦- طوراً جديداً من أطوار تحوله، هذا الطور الجديد الذى يرمى فى المقام الأول إلى تشجيع تقديم العديد من الطلبات الجديدة فى خصومة الاستئناف حتى بهدف عليهم بطلبات جديدة، كل هذا أدى إلى إدخال العديد من الأدوات الفنية الجديدة داخل نظام الطعن بالاستئناف بحيث أمكن للبعض هناك أن يقول بأن محكمة الاستئناف تتحول تدريجياً بحيث يمكن اعتبارها بشكل ما محكمة أول درجة.

كل هذا يقتضى منا البحث العميق لهذه النظم ومقارنتها بما هو قائم فى مصر حتى يمكن اقتراح التعديل أو التجديد اللازم أعماله داخل النظام القانونى للطعن بالاستئناف.

ونرى إعمالاً لكل هذه المواجهات أن نقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: فى الأحكام الانتهائية بطبيعتها.

المطلب الثاني: في الأحكام الابتدائية التي ينص القانون على عدم جواز الطعن فيها بالاستئناف.

المطلب الثالث: في الأحكام الابتدائية التي انقضى ميعاد الطعن فيها بالاستئناف فصارت انتهائية .

المطلب الرابع : الاتفاقات المانعة من الطعن في الأحكام بالاستئناف، ونتولى الآن دراسة هذه المسائل بشئ من التفصيل .

المطلب الأول

في الأحكام الانتهائية بطبيعتها

١١- هل توجد في الواقع القانوني طائفة من الأحكام القضائية بالمعنى الفني للكلمة[١]، تسمى بالأحكام الإنتهائية بطبيعتها، لا نعتقد ذلك .

ففكرة " الانتهائية" بالنسبة للأحكام هي فكرة اصطناعية[٢].

فالحكم القضائي بحسب تركيبه الفني لا يمكن أن يوصف في ذاته بأنه انتهائي أو غير انتهائي، وفي الحقيقة فإن هذا الوصف هو مجرد صفة تضاف إلى الحكم القضائي من الخارج ولا تعتبر عنصراً من العناصر المكونة لهذا الحكم .

فالحكم القضائي الذي يعتمده الفقه الحديث هو:

القرار القطعي الذي يفصل في مسألة إجرائية أو موضوعية خلال خصومة قضائية أو في نهايتها، وهو يصدر دائماً في الشكل القانوني للأحكام[٣].

---

(١) وجدى راغب. النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف ١٩٧٤،ص ٦٦٦ وما بعدها.

(٢) Roger Perrot: l'influence de la technique sur le bat des institutions juridiques , These , Paris , 1948. P.150

(٣) وجدى راغب . المرجع السابق، ص٦٧٠.

فإذا ما اقتصرنا على هذا التعريف الموجز لفكرة الحكم القضائى، فإننا نقول أن القرار القطعى الصادر من القاضى والفاصل فى مسألة إجرائية أو موضوعية من خلال الخصومة القضائية، أى هذا الحكم القضائى لا يدخل فى تركيبه الفنى، أو الهيكلى، أى وصف متعلق بالانتهائية أو عدمها.

وفى الحقيقة فإن فكرة الانتهائية تعنى ببساطة إضفاء وصف معين على الأحكام القضائية بهدف التوصل إلى غايات معينة.

وقبل أن نتعرض إلى فكرة الانتهائية، يهمنا هنا إبراز الأهداف التى يحرص المشرع، فى بلد ما وزمان ما، إلى التوصل إليها عن طريق وصف حكم من الأحكام بأنه انتهائى أو بأنه غير كذلك[1]. ووصف الأحكام، من حيث قابليتها أو عدم قابليتها للطعن فيها بالاستئناف، إلى أحكام انتهائية وأحكام غير انتهائية أى ابتدائية، يوجد بطريق اللزوم المنطقى فى كافة البلاد التى تأخذ بنظام التقاضى على درجتين ، ويقصد بنظام التقاضى على درجتين وجود طبقة من المحاكم تسمى محاكم الدرجة الأولى، وإذا ما أصدرت هذه المحاكم أحكامها، أمكن، بشروط معينة، التظلم من هذه الأحكام عن طريق الطعن فيها بالاستئناف، وبهذا تعتبر محاكم الاستئناف بمثابة محاكم الدرجة الثانية بالنسبة لمحاكم الدرجة الأولى[2].

ولما كان من غير المنطقى فتح باب الطعن بالاستئناف فى جميع الأحوال وبالنسبة لجميع الأحكام الصادرة من محاكم أول درجة، كما من اللازم البحث عن أداة فنية بمقتضاها يسمح باستئناف بعض الأحكام دون البعض الآخر. من هنا ظهرت فكرة " الانتهائية" بالنسبة لأحكام محاكم

---

(١) Jean Vincent : Precis de procedure civile 1 Seme , ed .P. 793.

(٢) Louis Asselin : Le double degre de juridiction. These poitiers, 1934, P.14 et s.

أول درجة كقيد يحد من إمكانية الطعن فى هذه الأحكام بالاستئناف.

فكرة الانتهائية بالنسبة للأحكام القضائية الصادرة من أول درجة تهدف إذا ، وفى المقام الأول ، إلى أعمال مبدأ الاقتصاد فى الإجراءات، ومقتضى هذا المبدأ هو أن العدالة يجب ألا تكون مرتفعة الثمن، ويقصد بارتفاع الثمن، ألا نصل إلى العدالة بإجراءات طويلة معقدة، وألا يتكلف الأفراد نفقات باهظة حتى يصل كل ذى حق إلى حقه، وألا يمضى وقت طويل حتى يصل صاحب الحق إلى حقه[1].

وصف الانتهائية إذا هو أداة فنية عملية تهدف إلى أعمال مبدأ الاقتصاد فى الإجراءات فى الخصومة المدنية.

هذا الوصف سبق لنا القول أنه وصف خارجي، بمعنى أنه لا يوجد فى التركيب الهيكلى لعناصر الحكم القضائى عنصر يمكن تسميته "بالانتهائى" وفكرة الانتهائية أو حيازة الحكم قوة الأمر المقضى هى فكرة وظيفية محددة المدة. فوصف النهائية رصد له المشرع وظائف خاصة يؤديها، كصلاحية حكم الالزام النهائى للتنفيذ الجبرى، أو أخذ حق اختصاص بناء عليه .

كما أن هذا الوصف يكون إرهاصا بسقوط مراكز إجرائية لم نعد فى حاجة لها وهى جميع المراكز التى ساهمت فى الحصول على هذا الحكم بهذه الصفة، فلم يعد لها وظيفة تؤديها ، ومن ناحية ثالثة فإن هذا الوصف له زمن محدد يعيش فيه وعمر محدد يحياه، فهو يمهد للطعن غير العادى، ويسقط بالطعن هذا إذا قبل . وذلك تمهيدا لإفساح المجال لوصف جديد يحوزه الحكم وهو وصف البتية . وقوة الأمر المقضى به تجد مصدرها إما فى القانون، أو فى إرادة الخصوم أو فى مسلكهم أثناء سير الدعوى أو فى مجرد مرور الزمن. وقد أناط القانون بالإرادة الفردية

---

(١) نبيل عمر، دراسات فى فلسفة قانون المرافعات ، دروس على الآلة الكاتبة لطلبة الدكتوراه - حقوق الإسكندرية سنة ١٩٧٩.

فى بعض الحالات الخاصة سلطة الاتفاق على منح هذه الصفة لأحكام هى فى الواقع أحكام بطبيعتها ابتدائية وذلك لتحقيق أهداف يرجونها لا يمكن أن تتحقق إلا بإسقاط مراكز إجرائية معينة ، يتولد من إسقاطها إطلاق قوة الأمر المقضى لكى تخلف الحكم الصادر حسب الأصل ابتدائياً .

كما أن هذا الوصف لا يلحق إلا الأحكام الصادرة فى أصل الحق المتولد من القانون الخاص أو فى مسألة متفرعة عنه أو متولدة منه. ولا يلحق هذا الوصف الأحكام المستعجلة أو الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع.

والسؤال الآن يدور حول تحديد الأدوات الفنية التى عن طريقها يمكن إسباغ وصف الانتهائية على الأحكام القضائية. وهذا ما نتناوله فى المطلب الثانى.

المطلب الثانى

الأحكام التى ينص القانون على عدم جواز الطعن فيها بالاستئناف

١١-مكرر الطعن بالاستئناف فى الأحكام القضائية يتلخص فى أن الطاعن يتشكى من القضاء الصادر عليه من محكمة أول درجة. هذه الشكوى قد تنصب على نسبة خطأ معين شاب الحكم القضائى وأثر فى مصلحة الطاعن. هذا الخطأ قد يتخذ صورة الخطأ فى الإجراء ، بمعنى أن الإجراءات السابقة على إصدار الحكم أو إجراءات إصدار ذات الحكم أو الحكم نفسه، قد شاب أى عمل من هذه الأعمال خطأ أثر فى الحكم[1].

هذا الخطأ فى الإجراء قد يصدر من القاضى نفسه وذلك إذا لم يراعى مقتضى شكليا ضروريا لصحة الحكم القضائى، وأيضا قد يصدر هذا الخطأ من أحد الخصوم، كما هو الحال إذا لم يقوم أحد الخصوم بعمل إجرائى يلزم القيام به قبل صدور الحكم. وأخيرا فالخطأ فى الإجراء قد

---

(١) فتحى والى. مبادئ قانون القضاء المدنى. ط٢، س ١٩٧٥، ص ٥٥٩.

يرجع أساسا فكرة مرور الزمن، أو حدوث عارض يؤثر فى أهليــة أحــد الخصوم ولم تتخذ الإجراءات التى نص عليها القانون حتى تكون الأعمــال الإجرائية التالية صحيحة[1].

كل هذه الأخطاء تسمى خطأ فى الإجراء يؤثر فى ســلامة الحكــم ويفتح الباب للخصم حتى يمكنه التشكى منه، والاســتئناف يســتخدم هنــا كعربة فنية لنقل هذا التظلم أو هذا التشكى إلى محكمة الاســتئناف، ومــع ذلك يظل السؤال قائما حول إمكانية الطعن دائما فى مثل هــذه الأحكــام بالاستئناف ، هذا ما سوف نراه من بعد[2].

١٢- ومن جهة أخرى فإن أعمال القانون على واقع الــنزاع فــى الخصومة المدنية قد يؤدى إلى حدوث نوع آخر من الأخطاء تسمى الخطأ فى التقدير.

ويقصد بالخطأ فى التقدير الخطأ الذى يقع فيه القاضى حيــن يقــدر وقائع النزاع أو حين يعمل القانون على هذه الوقائع.

والخطأ فى التقدير لا يتصور فى اعتقادنا صدوره إلا من القــاضى عند أعماله لولاية القضاء أيا كانت الصورة التى يعمل بها هذه الولاية.

حدوث هذا الخطأ فى التقدير يفتح الطريق أمام صاحب المصلحــة للتشكى من الحكم القضائى الذى حدث خطأ فى التقديــر بصــدده. وإنمــا السؤال هنا أيضا هو : هل يجوز الطعن فى جميع الأحوال فــى الأحكــام التى حدث خطأ فى التقدير بصددها؟ هذا هو مــا ســوف نجيــب عليــه بالتفصيل أثناء استعراضنا للنظرية العامة للطعن بالاستئناف.

---

(١) وجدى راغب. المرجع السابق. ص ٦٦٠.

(٢) نبيل عمر ، دراسات فى فلسفة قانون المرافعات، ص ١٨٠ وما بعدها.

- نبيل عمر.النظرية العامة للطعن بالنقض ،ط١ -١٩٨٠ منشأة المعارف ص٣٠

Deveze: De la regle Voies de nullite n'ont lieu Contre les jugements. These Toulouse .1938. P.150 et s.

١٣- وإذا كان مبدأ التقاضى على درجتين يفتح الطريق أمام ذوى المصلحة للطعن بالاستئناف فى الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية إذا شاب هذه الأحكام خطأ من الأخطاء السابق لنا ذكرها؟ إلا أن هناك اعتبارات متعددة ترجع فى معظمها إلى اعتبار الملائمةl'Opportunite وهذا الإعتبار يتعلق فى الواقع بالسياسة التشريعية، هذا الاعتبار يؤدى فى بعض الحالات إلى تدخل المشرع، بأدواته الفنية المتعددة لكى يمنع الطعن بالاستئناف فى بعض الأحكام، رغم قابليتها حسب القواعد العامة للطعن بها فى هذا الطريق .

وإذا ما وصلنا إلى هذه النقطة من نقاط البحث فإنه يهمنا استعراض الحالات التى يتدخل فيها المشرع بالنص الصريح لكى يمنع الطعن فى بعض الأحكام بالاستئناف، ويهمنا فى هذا المقام أن نبين الحكمة التى من أجلها منع المشرع الطعن، ثم نقدر من الناحية الانتقادية موقف المشرع فى هذا الصدد.

١٤- منع الطعن بالاستئناف فى بعض الأحكام الابتدائية يرجع بصفة دائمة وأساسية إلى نص القانون، فالقانون هو الذى ينص على أن حكما قضائيا معينا لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف.

إذا كانت هذه هى القاعدة العامة بصدد الأحكام التى لا يجوز الطعن فيها بالاستئناف فإن الأداة الفنية التى عن طريقها تطبق هذه القاعدة العامة تختلف من حالة إلى أخرى.

بمعنى أن القانون يضع القاعدة بصدد المنع من الطعن، ثم بعد هذا فإن الوسائل التى تؤدى إلى أعمال هذه القاعدة تختلف من حالة إلى أخرى. فقد يكون سبب عدم جواز الطعن بالاستئناف هو مجرد ترك ميعاد الاستئناف ينقضى دون الطعن بالفعل فى الحكم، أو الاتفاق على اعتبار الحكم الابتدائى انتهائيا، أو يكون الحكم غير قابل للطعن فيه بالاستئناف نظرا لوجود نصاب معين لقيمة الدعوى يؤدى إلى عدم جواز الطعن فى

الأحكام الصادرة فى حدود هذا النصاب ، وأخيرا فقد تكون الأداة الفنية التى تعمل قاعدة المنع من الطعن فى الأحكام هى النص التشريعى الصريح الذى يواجه حالات محددة .

١٥- فإذا ما انتقلنا إلى المعالجة التفصيلية للأحوال التى لا يجوز الطعن فيها بالاستئناف فى الأحكام الصادرة من محاكم أول درجة، وذلك فى الأحوال التى ينص فيها القانون صراحة وبنص خاص على عدم جواز الطعن فى هذه الأحكام فإننا نجد الآتى:

١- تنص المادة ٢٩٥ من قانون المرافعات معدلة بالقانون ٢٥ لسنة ١٩٧١ على أن الحكم الصادر فى المنازعة الخاصة باقتدار أو عدم اقتدار الكفيل يكون غير قابل للطعن فيه بالاستئناف.

هذا النص الصريح يمنع الطعن فى مثل هذا الحكم بالاستئناف، فى حين أننا لو أعملنا القاعدة العامة فى جواز أو عدم جواز الطعن فى مثل هذا الحكم لأمكن الطعن فيه بالاستئناف.

ذلك أن المنازعة فى اقتدار الكفيل اما أن تكون منازعة غير مقدرة القيمة وبالتالى تعتبر قيمتها زائدة عن ١٠٠٠٠ جنيها. وبالتالى يجوز الطعن فى الحكم بالاستئناف، وأما أن تكون المنازعة فى كفاية ما يودع ككفالة ، وهنا تقدر الدعوى بقيمة ما توزع فيه ، فإذا زادت عن ألف جنيها على اعتبار أن قاضى التنفيذ يعتبر من طبقة المحاكم الجزئية وهو المختص بنظر هذه المنازعة أعتبر الحكم الصادر فى هذه المنازعة ابتدائيا. وجاز الطعن فيه بالاستئناف[1].

ورغم كل هذا، فقد نص المشرع صراحة على عدم جواز الطعن فى الحكم الصادر فى المنازعة فى اقتدار الكفيل.

---

(١) نبيل عمر . إجراءات التنفيذ . ط٢ ص ٢٣٠.
- راجع تعديل قواعد قيمة الدعوى بالقانون ١٨ لسنة ١٩٩٩.
- نبيل عمر . الوسيط فى قانون المرافعات ١٩٩٩.

والحكمة فى منع الطعن فى مثل هذه الحالة ترجع إلى سرعة تصفية المنازعات المتعلقة بالتنفيذ أولا بأول ، وذلك إذا عرفنا أنه لا يجوز – فى بعض الحالات– الشروع فى التنفيذ إلا بعد تصفية المنازعات المتعلقة بالكفالة[1].

هنا نلاحظ ما سبق لنا قوله من أن المشرع يمنع الطعن بالاستئناف فى بعض الأحكام، التى تقبل بحسب الأصل الطعن فيها بهذا الطريق، وذلك لكى يحقق غاية عملية، وهذه الغاية فى هذا الصدد تكمن فى سرعة الانتهاء من التنفيذ الجبرى . وهنا أيضا نلاحظ أن هذه الأحكام التى منع الطعن فيها بالاستئناف تعتبر أحكاما انتهائية. وإنما وصف الانتهائية هنا هو وصف اصطناعى وارد من الخارج. وباضافته إلى هذا الحكم أصبح من غير الممكن الطعن فيه بالاستئناف، واصبح مثل هذا الحكم حائزا لقوة الأمر المقضى به، وأصبح –أيضا– سندا تنفيذيا يجوز الشروع فى التنفيذ الجبرى بمقتضاه، وذلك إذا كان هذا الحكم صادرا بإلزام، هنا إذا نرى بوضوح مظهر الصنعة فى إضفاء وصف الانتهائية على حكم قضائى، هو بحسب طبيعته الذاتية لا يعتبر كذلك[2].

٢– تنص المادة ٣٩٤ من قانون المرافعات على وجوب رفع دعوى استرداد المنقولات المحجوزة على الحاجز والمحجوز عليه والحاجزين المتدخلين، كما تنص هذه المادة على وجوب اشتمال صحيفة الدعوى على بيانات معينة ويترتب على مخالفة نموذج هذه المادة التزام القاضى بناء على طلب الحاجز بالحكم بالاستمرار فى التنفيذ الذى كان قد وقف بقوة القانون نتيجة لمجرد رفع هذه الدعوى، والحكم الذى يصدره القاضى بالاستمرار فى التنفيذ لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف[3].

---

(١) نبيل عمر . المرجع السابق ص ٢٣٥.

(٢) عبد المنعم حسنى، طرق الطعن فى الأحكام ، جـ ١، ص ٢٢٢.

(٣) نبيل عمر، إجراءات التنفيذ، ص٣٩٠٠.

هنا نجد نفس الشرح السابق صالح لأعماله فى هذا المجال، فمن المعروف أن دعوى الاسترداد – فيما يتعلق بالدعوى التى يرفعها شخص من الغير مطالبا بحق له المنقولات المحجوزة ومطالبا أيضا ببطلان الحجز هذه الدعوى تقدر حسب القواعد العامة فى تقدير قيمة الدعوى (م٣٧ وما بعدها مرافعات).

وبناء عليه فالحكم الصادر فيها يقبل أو لا يقبل الاستئناف حسب القواعد العامة، ومع هذا ونظرا لوجود المادة ٣٩٤ فإننا نرى أن وصف الانتهائية الذى ألصق بالنص التشريعى على هذه الأحكام هو وصف اصطناعى . فعناصر الحكم الصادر فى مثل هذه الدعوى لا تتضمن فى تركيبها وصف الانتهائية هذا .

٣- ونفس الشرح يصدق بالنسبة للحكم الصادر فى دعوى قصر الحجز المنصوص عليها فى المادة٣٠٤ من قانون المرافعات المصرى. ويلاحظ فى هذا الصدد أن المنع من الطعن بالاستئناف يشمل الحكم الصادر بقبول طلب القصر أو برفضه[1].

٤- وحسب ما تنص عليه المادة٢/٤٦ من قانون المرافعات المصرى فإن الحكم الصادر من المحكمة الجزئية بإحالة الدعوى الأصلية والطلب العارض إلى المحكمة الابتدائية وذلك بالشروط الواردة فى هذه المادة. مثل هذا الحكم – بالإحالة– لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف.

وعدم القابلية للطعن بالاستئناف يسرى على الحكم الصادر من المحكمة الجزئية بإحالة الطلب الأصلى والطلب العارض أو المرتبط بالطلب الأصلى إلى المحكمة الابتدائية[2]. ومعنى هذا أن المنع من الطعن

---

(١) فتحى والى، التنفيذ الجبرى، س ١٩٧١، ص ٣٨٥.

(٢) كمال عبد العزيز . تقنين المرافعات ، س ١٩٧٨، ص ١٦٦.

- عبد المنعم حسنى . المرجع السابق، ص ٢٢٦.
- محمد وعبد الوهاب العشماوى، قواعد المرافعات، ج٢ س ١٩٥٨ ص٨٥٩

المنصوص عليه فى المادة ٢/٤٦ مرافعات مصرى لا يسرى على الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية برفض الإحالة ، أو على الحكم الصادر بإحالة الطلب العارض أو المرتبط وحده[1].

ومن نافلة القول أن نذكر أن شرحنا السابق بصدد وصف الانتهائية يصدق أيضا فى هذا المجال، فالحكم الصادر بالإحالة يقبل أو لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف إعمالا للقواعد العامة، فإذا جاء النص التشريعى لاعتبارات عملية تهدف إلى سرعة حسم النزاع ومنع الطعن فيه، فإن منع الطعن هذا يتم عن طريق إضفاء اصطناعى يضاف إلى الحكم الصادر من المحكمة الجزئية يحول دون الطعن فيه ويكسبه وصف الانتهائية، وسوف نرى من بعد المشاكل التى من الممكن أن يثيرها هذا الوصف.

٥- ومن الطبيعى أنه لا يدخل فى اعتقادنا تعقب جميع النصوص التشريعية التى تمنع من الطعن فى الأحكام القضائية بالاستئناف فهذه المهمة يقوم بها باحث احصائى أو باحث شكلى يهتم بجمع البيانات وحصرها وعقد المقارنة بينها، وإنما هدفنا فى هذا المجال كان قاصرا على ضرب بعض الأمثلة للحالات التى يتدخل فيها المشرع بنص تشريعى صريح مانعا الطعن فى بعض الأحكام بالاستئناف مكسبا إياها وصف الانتهائية ، وحيازة قوة الأمر المقضى به، وسبق لنا أن ذكرنا مظهر الصنعة فى هذا المجال.

وتجدر الإشارة إلى أن النصوص المانعة من الطعن بالاستئناف فى بعض الأحكام ترد فى كافة فروع القانون، فهى ليست قاصرة على قانون المرافعات فقط. فبالإضافة إلى ما سبق ذكره نجد فى نصوص قانون الإثبات العديد من القواعد التى تمنع الطعن فى بعض الأحكام(مواد ١٤٥، ٤/١٥٢، ١/٧٤).

---

(١) فتحى والى ، قانون القضاء المدنى ص ٥٩٥.

- عكس ذلك . رمزى سيف، الوسيط ص ٢٢٩.

وفى القانون التجارى وبصدد الأحكام الصادرة فى مواد الإفلاس نجد المادة ٣٩٥ التى تمنع الطعن بالاستئناف فى الأحكام الصادرة بتعيين أو استبدال مأمور التفليسة أو وكلاء المدينين ، وغير ذلك من نصوص التشريعات الخاصة(١).

١٦- فى كل ما سبق كنا نستعرض بعض الأحكام التى ورد النص الصريح فى التشريع على عدم جواز الطعن فيها بالاستئناف، وذكرنا أن المشرع ينص بصفة خاصة على أن حكما ما لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف، مثل هذه النصوص تعتبر نصوص خاصة واستثنائية: خاصة لأنها تهدف إلى منع أعمال قاعدة التقاضى على درجتين بالنسبة لحكم ما..

وبما أن هذه القاعدة تتعلق بالنظام العام فى تطبيقها، فإنها تتعلق أيضا بالنظام العام فيما يتعلق بالخروج عليها. كل هذا يؤدى بنا إلى ضرورة تفسير أحوال المنع من الطعن بالاستئناف تفسيرا ضيقا . أما وجه الاستثنائية فى صدد النصوص المانعة من الطعن فى الأحكام بالاستئناف فيرجع إلى أن القاعدة التى تقرر مبدأ التقاضى على درجتين مؤداهما- فى الأصل النظرى لها- أن جميع الأحكام الصادرة من محاكم أول درجة تقبل دائما الطعن بالاستئناف(٢). وبالتالى فإذا ما وجد نص يخالف هذه القاعدة فيجب أن يفسر على مقتضى أنه نص استثنائى ويكون تفسيره تفسيرا ضيقا . فإذا ما انتهينا من دراسة الأحوال التى توجد بها نصوص خاصة تمنع الطعن بالاستئناف فى بعض الأحكام، نكون قد تهيأنا للانتقال لدراسة الأحكام التى يجوز استئنافها إلا إذا توافرت بعض العيوب التى ينص عليها القانون.

١٧- توجد فى أحوال معينة نصوص تمنع الطعن فى طائفة من الأحكام القضائية ، هذا المنع لا يكون مطلقا ، بمعنى أن المشرع يجيز

---

(١) عبد المنعم حسنى، ص ٢٢٩.

(٢) فتحى والى . ص ٥٩١.

الطعن فى مثل هذه الأحكام بالاستئناف فى أحوال وبشروط معينة، فإذا لم توجد هذه الأحوال وإذا لم تتوافر هذه الشروط فإن المنع من الاستئناف يسترد نشاطه وفعاليته.

وسوف نقوم الآن باستعراض حالتين، نراهما أكثر تعبيرا من غيرهما ، لهذا المركز القانونى.

١- تنص المادة ١/٤٥١ من قانون المرافعات على أنه : " لا يجوز استئناف حكم إيقاع البيع إلا لعيب فى إجراءات المزايدة أو فى شكل الحكم أو لصدوره بعد رفض طلب وقف الإجراءات فى حالة يكون وقفها واجبا قانونا ".

وبالتأمل فى هذا النص نجد أن المشرع قد نص صراحة على منع الطعن فى حكم إيقاع البيع[1]، ومع هذا فالنص على منع الطعن ليس مطلقا بمعنى أنه فى حالات معينة، نص عليها المشرع، يجوز الطعن فى هذا الحكم بالاستئناف، هذه الحالات هى:

(أ) بطلان الحكم لعيب ذاتى، أى بطلان الحكم باعتباره عملا إجرائيا مثال ذلك نقض بيان من بياناته.

(ب) بطلان الحكم لوقوع عيب فى إجراءات المزايدة.

مثال ذلك أن تتم المزايدة على وجه غير الذى نص عليه القانون. أو يتم البيع دون طلب ذلك ممن له صفة[2].

(ج) إذا صدر حكم إيقاع البيع بعد رفض طلب وقف الإجراءات فى حالة يكون وقفها وجوبيا على قاضى التنفيذ. وهذه الحالة تواجه فى الواقع

---

(١) لسنا هنا فى مجال دراسة حكم إيقاع البيع فى ذاته ونحيل فى هذا الصدد إلى المؤلفات التى تهتم بذلك. فتحى والى ، التنفيذ الجبرى، ص ٥٥٣ وما بعدها.
- نبيل عمر: إجراءات التنفيذ، ص ٦٢٠ وما بعدها .

(٢) نقض مدنى ١٩٦٨/١/١١ مجموعة النقض س ١٩ ص ٤٦.
قنا الكلية ١٩٣٧/٢/٧ المحاماة س ١٣ ص ١٢٧٧.

الطعن فى حكم سابق على حكم إيقاع البيع، ويؤدى هـذا الطعـن إذا نجح إلى إلغاء الحكم الصادر برفض طلب الوقف وبالتالى بطلان حكم إيقاع البيع بالتبعية(١).

هذه هى الحالات التى حددتها المادة ١/٤٥١ من قانون المرافعـات المصرى إمكان الطعن بالاستئناف فى حكم إيقاع البيع، وفى غـير هـذه الحالات فإنه يمتنع الطعن فى هذا الحكم بالاستئناف.

وفى حقيقة الأمر ، وكما سوف نرى من بعد، فإن اسـتئناف حكـم إيقاع البيع فى مثل هذه الأحوال لا يعتبر طعنا عاديا وإنمـا هـو طعـن استثنائى فى مثل هذا الحكم ، ومظهر الاستثناء يظهر بوضوح فى تحديـد الأسباب التى يجوز بناء الطعن عليها ، وفى هذا مخالفة للقواعـد العامـة للطعن بالاستئناف. فبما أن هذا الطريق من طرق الطعن هو طريق عادى يجوز ولوجه لأى سبب من الأسباب المتعلقة بالواقع أو بالقـانون، ففـى تحديد أسباب خاصة للطعن بالاستئناف فى حكم إيقاع البيع ما يؤدى إلـى إخراج الاستئناف فى هذا الخصوص عن وصفه العادى كطريق من طرق الطعن بالأحكام

ومظهر الاستثناء يتضح أيضا فيما يحدثه استئناف حكم إيقاع البيـع من أثر ناقل محدود ، يطرح أمام محكمة الاستئناف عيوب محددة علـى سبيل الحصر(٢). وأيضا ينبنى على اعتبار الطعن بالاستئناف هنا كطريـق غير عادى للطعن العديد من القيود التى تـرد علـى سـلطات القـاضى والخصوم أمام محكمة الاستئناف كما سوف نرى من بعد(٣).

---

(١) نقض مدنى ١٩٣٦/٦/٦ مجموعة عمر ج ١ ص ٨٣٢.
استئناف مصر ١٩٢٩/٣/٢٥ المحاماة س ٩ص ٨٤٨ .

(٢) فتحى والى . التنفيذ الجبرى ص ٥٥٣.
Hehraud:Effet devolultif et evocation in. La Voie d'appel 1936,P.143.
نبيل عمر . دراسات فى فلسفة قانون المرافعات ص١٠٠.

(٣)محمد وعبد الوهاب العشماوى، المرجع السابق، ص ٨٥٩.

فى هذه الحالة إذن وفى الأحوال المشابهة، نجد أن المشرع يخلع وصف الانتهائية على مثل هذه الأحكام بطريقة اصطناعية ، فهو يمنع الطعن فيها بالاستئناف كقاعدة عامة، ومع ذلك ، ولاعتبارات مختلفة، يجيز فى أحوال خاصة الطعن فيها بالاستئناف استثناء.

وسوف نزيد هذه الحالة إيضاحا حين نعالج الوضع العكسى لهذه الحالة حينما نعالج نصوص المادتين ٢٢١، ٢٢٢ من قانون المرافعات فيما يلى أثناء هذه الدراسة.

٢- لا يجوز الطعن بالاستئناف فى الأحكام الصادرة بناء على اليمين الحاسمة سواء أكان الحكم مترتبا على حلفها أم ردها أم النكول عنها.

واليمين الحاسمة توجه من خصم إلى خصم ويجب أن تتوافر فيمن يطلب حلف اليمين وفى من يوجه إليه هذا الطلب أهلية التصرف فى الحق الذى ترتبط به الواقعة محل اليمين. واليمين لا يرد، كما هو الحال بشأن أدلة الإثبات، إلا على الوقائع فى يجوز توجيه اليمين أو حلفه بصدد المسائل القانونية(١).

وإذا لم ينازع من وجهت إليه اليمين ، أو رفضت منازعته فإن له أن ينكل عن حلف اليمين ويخسر بهذا دعواه أو دفعه ويحكم عليه، وله أيضا أن يرد اليمين على خصمه ، وله أخيرا أن يحلف اليمين.

فإذا تم حلف اليمين ، فإنه يحرر محضر بحلفه يوقعه الحالف ورئيس المحكمة أو القاضى المنتدب والكاتب.

وينبى على حلف اليمين الحاسمة أن الحكم فى الدعوى أو الدفع يجب أن يصدر لصالح الحالف . وبناء على هذه الصفة التى تلصق

---

(١) فتحى والى ، ص ٤٨٥.
- أبو الوفا . التعليق على نصوص قانون الإثبات ، ص ٢٩١.
- توفيق فرج، المدخل للعلوم القانونية س ١٩٧٦ ص ٨٤١.

باليمين أن يطعن بالاستئناف فى الحكم الذى أذن بحلف اليمين للتوصل إلى إلغائه وبالتالى إلغاء اليمين والتخلص من آثاره[١].

وواقع الأمر أنه بمجرد أن يؤدى الخصم اليمين الموجهة له أو المردودة عليه يصبح الدليل المستفاد من تأديتها قاطعا والحكم لمصلحة الحالف واجبا، إذ اليمين " تعتبر بمثابة صلح نافذ" [٢]، " له قوة الشئ المقضى به نهائيا"[٣]، " بل هى أقوى من الحكم لأنه لا يقبل الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن فى الأحكام"[٤].

والواقع أننا لا نستطيع قبول اعتبار أن اليمين الحاسمة تعتبر بمثابة صلح نافذ، لأن الصلح هو اتفاق بين طرفين يتنازل بمقتضاه كل منهما عن جزء من ادعائه (م ٥٥١ مدنى). وفى اليمين الحاسمة لا نواجه شيئا من ذلك. فاليمين هى مجرد دليل من أدلة الإثبات، وهى مجرد إعلان يؤكد به الخصم حقيقة واقعة معينة متخذا من الله شاهدا على صدقه. وفى اليمين فإن الخصم يشهد على واقعة لصالحه[٥]. والحكم الصادر بتوجيه اليمين الحاسمة هو فى صحيح النظر قضاء قطعى فرعى معلق على شرط، وهو قضاء للخصم الموجه إليه اليمين إذا حلفها، وقضاء عليه إذا نكل عنها أو ردها على خصمه فحلفها[٦].

أما القول بأن اليمين لها قوة الشئ المقضى به، أو بأنها تعتبر صلحا له هذه القوة ، فمردود عليه بأن هذه القوة هى وصف لصيق بالأحكام الانتهائية فقط ، واليمين لا تعتبر حكم ، وإنما هى مجرد دليل من أدلة الإثبات.

---

(١) فتحى والى . ص ٤٨٩.

(٢) العشماوى، ص ٦٣٤.

(٣) العشماوى ، ص ٦٣٤.

(٤) العشماوى، ص ٦٣٤.

(٥) فتحى والى. ص ٤٨٤.

(٦) أبو الوفا. الاثبات . ص ٣٠٢.

وعلى هذا فالحكم الصادر من المحكمة بناء على حلف اليمين الحاسمة هو حكم انتهائى غير قابل لأى طعن ويحسم به النزاع بصورة باتة ما لم تكن الإجراءات الخاصة بتوجيه اليمين أو حلفها، أو النكول عنها باطلة، أو كان ذات الحكم باطلا لسبب من الأسباب العامة، فهنا يجوز الطعن فى الحكم بحسب القواعد العامة.

وقد حكم بأنه من المقرر أن الحكم الصادر بناء على النكول عن اليمين له قوة الشئ المقضى به ، ولا يقبل الطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن فى الأحكام ما لم يكن الطعن مبنيا على مدى جواز اليمين أو تعلقها بالدعوى أو بطلان فى الإجراءات الخاصة بتوجيهها أو حلفها.

فى كل ما سبق كنا ندرس الأحوال الخاصة التى ينص فيها المشرع على عدم جواز الطعن فى بعض الأحكام سواء بنصوص خاصة تواجه حالات محددة ، أو بنصوص خاصة تواجه أحكاما صادرة فى مسائل خاصة. وفى كل هذه الأحوال اتضح لنا بجلاء مدى الصناعة التى توجد فى اعتبار بعض الأحكام انتهائية، وعرضنا للمبررات العملية، والمتعلقة بالسياسة التشريعية فى هذا الصدد. ونقوم الآن باستعراض قاعدة النصاب والتى بمقتضاها منع المشرع الطعن فى بعض الأحكام ، التى توصف بالانتهائية بالاستئناف.

١٨- قاعدة النصاب وأثرها فى اعتبار الحكم انتهائيا. قبل شرح قاعدة النصاب وأثرها فى اعتبار بعض الأحكام انتهائية وبالتالى لا يجوز الطعن فيها بالاستئناف يجدر بنا أن نحدد أنه لمعرفة أن كان الحكم قابلا للاستئناف أو غير قابل له، فإنه يجب الرجوع لنصوص القوانين، فاذا لم يمنع القانون الاستئناف بنص صريح كما سبق القول، فإن الطعن بهذا الطريق يكون جائزا دائما سواء كان الحكم قطعيا أم غير قطعى، حضوريا أم غيابيا وسواء كان الهدف من الطعن هو اصلاح عيب فى

- نقض ١٩٨٠/٣/٢٥ ط. ٣٤٠ س.٤٥ ق.

الشكل أم خطأ فى الموضوع .

ومن جهة أخرى فيجب ملاحظة أن جواز أو عدم جواز الطعن فى الحكم بالاستئناف لا يتناول إلا منطوق الحكم ولا علاقة له بالأسباب ، إلا إذا كانت هذه تكون فى الحقيقة جزء من المنطوق ، كما إذا فصلت فى بعض المسائل المتنازع فيها أو ارتبطت بالمنطوق ارتباطا وثيقا بحيث لا يقوم إلا بها[1].

وإذا ما عدنا بعد هذا الاستطراد لتحديد قاعدة النصاب وأثرها فى اعتبار الحكم الصادر من محكمة أول درجة انتهائيا وبالتالى غير قابل للطعن فيه بالاستئناف فإننا نستطيع القول بأن الحكم القضائى الصادر فى حدود النصاب الانتهائى للمحاكم الجزئية والابتدائية ولا يجوز الطعن فيه بالاستئناف.

مع ملاحظة أن المحاكم الجزئية والابتدائية حينما تفصل فى المنازعات التى تدخل فى اختصاصها المبتدأ تعتبر من طبقة محاكم أول درجة ، عكس محاكم الاستئناف التى تعتبر بحسب طبيعتها من طبقة محاكم الدرجة الثانية. ولمعرفة حدود النصاب الانتهائى لمحاكم أول درجة فيجب الرجوع إلى نصوص القوانين المعمول بها فى هذا الصدد.

والنصوص المنظمة لقواعد النصاب بالنسبة للمحاكم الجزئية فى القانون المصرى هى المواد ٤٢، ٤٣ من قانون المرافعات.

---

(١) مصر الأهلية ١٩٢٥/١/١٤ المحاماة س ٦ ص ١٥٠از

- مصر الأهلية ١٩٣٧/١٢/١٨ المحاماة س ١٨ ص ٥٠٧.
- استئناف مصر ١٩٤٩/١/١٧ المجموعة الرسمية . الجدول العشرى الخامس، ص ٤٢ حكم رقم ٢٢٢.
- أحمد هندى . الأسباب المرتبطة بالمنطوق . دار الجامعة الجديدة ١٩٩٨. ص ٣٠ وما بعدها.
- على الشيخ . الحكم الضمنى . رسالة المقدمة ١٩٩٧ ص ٥٠.

ومن هذه النصوص نستطيع القول بأنه إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز ٢٠٠٠ جنيهاً فإن الحكم الصادر فيها يكون انتهائياً ، وبالتالى لا يجوز كقاعدة عامة الطعن فيه بالاستئناف بالنسبة للمحاكم الجزئية.

وحتى فى المسائل التى تدخل فى الاختصاص النوعى المتعلق بالنظام العام للمحاكم الجزئية، كما هو الحال فى الأحوال المنصوص عليها فى المادة ٤٣ من قانون المرافعات المصرى، فإنه أن أمكن تقدير قيمة الدعوى بصدد ما تختص به المحاكم الجزئية مما هو منصوص عليه فى هذه المادة ، وكانت قيمة الدعوى فى هذه الحالة لا تتجاوز ٢٠٠٠جنيهاً، فإن الحكم الصادر فيها يعتبر حكماً انتهائياً ولا يجوز الطعن فيه بالاستئناف.

١٩- وطبقاً لنص المادة ٤٧ من قانون المرافعات المصرى فإن قاعدة النصاب بالنسبة للمحاكم الابتدائية تتحدد على أساس أن تختص المحكمة الابتدائية بالحكم ابتدائياً فى جميع الدعاوى المدنية والتجارية التى ليست من اختصاص محكمة المواد الجزئية ويكون حكمها انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز ١٠٠٠٠ جنيهاً[١].

ومن جهة أخرى فيجب ملاحظة أنه فى الأحوال التى تختص فيها المحكمة الابتدائية بنظر بعض المنازعات اختصاصاً نوعياً متعلقاً بالنظام العام كمسائل الإفلاس مثلاً ، فإنه إذا كانت قيمة النزاع لا تتجاوز ١٠٠٠٠ جنيهاً فإن الحكم الصادر فى هذا النزاع يكون انتهائياً إعمالاً لنص المادة ١/٤٧.

أما بالنسبة للدعاوى التى تتضمن طلباً غير قابل للتقدير بحسب قواعد تقدير قيمة الدعوى المنصوص عليها فى قانون المرافعات، فإن قيمتها تعتبر زائدة على ١٠٠٠٠ جنيهاً(م٤١٠) ، وتبعاً لذلك فالحكم

(١) راجع التعديل الحاصل بالقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٨٠.

الصادر فى هذه الدعوى يعتبر ابتدائيا فى جميع الأحوال وبالتالى يجوز الطعن فيه بالاستئناف(١).

فى كل ما سبق فإننا نحدد قاعدة النصاب وأثرها على اعتبار الحكم انتهائيا بالنسبة للأحكام الصادرة من محاكم أول درجة .

ويلاحظ، وعلى خلاف الوضع أمام المحاكم الجزئية، أن المحكمة الابتدائية حسب نص المادة ٣/٤٧ تختص بالحكم فى الطلبات الوقتية أو المستعجلة وسائر الطلبات العارضة وكذلك فى الطلبات المرتبطة بالطلب الأصلى مهما تكن قيمتها أو نوعها.

٢٠- والذى يهمنا فى هذا الصدد ليس هو اختصاص المحكمة الابتدائية بهذه المسائل، وإنما الذى يهمنا هو القول بأن قاعدة النصاب تنطبق هنا تماما. بمعنى أنه إذا كان الطلب العارض أو المرتبط بالطلب الأصلى المطروح أمام المحكمة الابتدائية لا تزيد قيمته عن ١٠٠٠٠ جنيه فإنه الحكم الصادر فيه يعتبر حكما انتهائيا لا يجوز كقاعدة عامة الطعن فيه بالاستئناف، إلا إذا توافرت شروط أعمال المواد ٢٢١، ٢٢٢ من قانون المرافعات المصرى(٢).

ومع هذا . وبصدد هذه الجزئية ، فهناك خلاف فى الفقه، حيث يرى البعض أنه يجب إعمال المادة ٣/٤٧ ولو كان الطلب العارض مقدما من المدعى وترتب عليه تعديل الطلب الأصلى بنقض قيمته إلى أقل ١٠٠٠٠جنيها ، لأنه متى اعتبر طلبا عارضا فإن المحكمة تختص بنظره

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٦/٢/٢٥ طعن رقم ١٥ س ٤٢.
- نقض مدنى ١٩٧٥/١٢/٢٤ طعن رقم ٢٩٤ س ٤١.
- نقض مدنى ١٩٦٨/٥/٦ مجموعة النقض س ١٩ ص ٩١٤.
- ويلاحظ أن الحكم الصادر من المحكمة فى الموضوع يعتبر مشتملا حتما على قضاء ضمنى فى شأن الاختصاص.

(٢) كمال عبد العزيز . ص ١٦٧ .
- أحمد على خليل . تعارض الأحكام . دار الجامعة الجديدة للنشر ١٩٩٧.ص٣٠

مهما كانت قيمته[1]. والنتيجة التى تترتب على هذا الرأى فـــى اعتقادنـــا خطيرة، ومظهر الخطورة هنا يكمن فى أن الحكم الصادر فى هذا الطلــب سوف يكون حكما انتهائيا ، وبالتالى لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف فكــان المدعى الذى قدم طلبا عارضا قد اضر نفسه، وذلك عن طريق صــــدور حكم من المحكمة الابتدائية لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف.

ومع هذا فإننا نفضل رأيا آخر يرى أن الدعوى تخــرج فــى هــذه الحالة من اختصاص المحكمة الابتدائية، والواقع أن فى الأخـــذ بــالرأى السابق ما يؤدى إلى إهدار قاعدة من قواعد تقدير الدعوى والتى تتلخـــص فى وجوب الاعتداد بآخر الخصوم (م ٢/٣٦).

وإذا كانت المادة ٣/٤٧ من قـــانون المرافعـــات تجعـــل المحكمـــة الابتدائية التى تنظر الطلب الأصلى، هى المختصة بنظر كافـــة الطلبـــات العارضة والمرتبطة بهذا الطلب الأصلى ، فإن ذلك مشروط ضمنيا بقيـــام ودوام الطلب الأصلى. فإذا ما أدى الطلب العارض أو المرتبط إلـــى زوال الطلب الأصلى، أو الحلول محله . فإننا نكون إزاء طلب أصلـــى جديـــد . وعلى ذلك فإذا عدل الطلب الأصلى بطلب عارض ينقص به المدعى نفس الطلب إلى ما يجعله أقل قيمة، فلا يوجد حينئذ طلبان لكى تتوافر الحكمـــة من القاعدة المنصوص عليها فى المادة ٣/٤٧.

والواقع أننا هنا نكون إزاء طلب واحد، ودعـــوى واحـــدة تحـــددت قيمتها نهائيا بطلب المدعى العارض. هذا الأخير هو فى الواقـــع الطلـــب الختامى الذى تتحدد على أساسه قيمة الدعوى. ورغم وصف هذا الطلـــب بأنه عارض ، لأنه قدم بعد تقديم الطلب الأصلى، إلا أنه فى الواقع حـــل محل الطلب الأصلي الذى تمت إزالته[2]. فهنا تقوم المحكمـــة الابتدائيـــة

(١) نقض مدنى ١٩٦٦/٢/١٠ مجموعة النقض س ١٧ ص ٢٦٩.
– رمزى سيف . الوسيط فى قانون المرافعات. ص ٢٦٣.
(٢) أحمد أبو الوفا. التعليق ص ٢٦٧.
- فتحى والى . المرجع السابق . ص ٥٤٤ .=

بإعادة التقدير لقيمة الدعوى على موجب الطلبات الختامية، فإذا قدرت أن الطلب لا يخل بحسب قيمته فى اختصاصها ، حكمت بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة الجزئية المختصة، والحكم الصادر من المحكمة الجزئية فى هذا الطلب يعتبر حكما ابتدائيا يجوز الطعن فيه بالاستئناف. قابلية الحكم للطعن بالاستئناف فى هذه الحالة يولد نتيجة عكسية تماما للنتيجة التى يتوصل إليها الرأى السابق لنا انتقاده، وهذا ما نفضله فى هذا المجال.

ومن جهة أخرى فقد يحدث أن تؤسس المحكمة الجزئية قضاءها بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة الابتدائية على تقدير أن قيمة الدعوى تزيد على ١٠٠٠٠ جنيه ولا يطعن فى هذا التقدير من أحد الخصوم عن طريق الاستئناف، فى مثل هذه الحالة تتقيد المحكمة المحال إليها الدعوى بحجية الشئ المقضى الخاصة بحكم الإحالة، ومن ثم فإذا صدر الحكم فى هذا الدعوى فإننا نكون إزاء حكم ابتدائى يجوز الطعن فيه بالاستئناف(١).

وعلى ذلك يتعين على محكمة الاستئناف أن تقضى بعدم قبول الاستئناف إذا كانت الدعوى داخلة فى النصاب الانتهائى لأول درجة ولو لم يدفع بذلك أى من الخصوم .

وقد جرى قضاء النقض على أن الحكم فى الموضوع ينطوى على قضاء ضمنى بالاختصاص بما يجيز الطعن بالاستئناف ولو كان صادرا فى حدود النصاب الانتهائى متى كان مخالفا لقواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام(٢).

- = إبراهيم سعد . القانون القضائى الخاص، ص ٤٣٩.
- نقض مدنى ١٩٦٦/٦/١٦ مجموعة النقض س ١٧ ص ١٤١٥.

(١) نقض مدنى ١٩٧٢/٥/٩ مجموعة النقض س ٢٣ ص ٨٢٨.

(٢) طعن مدنى ١٩٨١/١/١ رقم ١٠٦٤ س ٤٧ ق.

- حكم الهيئة العامة للمواد المدنية ١٩٨٨/٤/٢٧ ط ٣١٢س ٥٧ق.=

٢١- بتمام هذا الاستعراض لقاعدة النصاب بالنسبة لاختصاص محاكم أول درجة ، وببيان أثر هذه القاعدة على وصف الحكم الصادر من هذه المحاكم بأنه ابتدائى أو انتهائى فإننا نستطيع القول بأن الحكم الصادر فى حدود النصاب الانتهائى لمحاكم أول درجة يوصف اصطناعيا بأنه انتهائى وبالتالى لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف، ومظهر الصنعة يبتدى فى الأحوال التى نفترض فيها بأن النصوص المحددة لهذا النصاب الانتهائى لا وجود لها، ففى هذا الفرض تكون مثل هذه الأحكام قابلة للطعن فيها بالاستئناف إعمالا لقاعدة التقاضى على درجتين، فمؤدى هذه القاعدة هو كفالة نظر ذات النزاع مرتين أمام محكمتين مختلفتين ، إحداهما أعلى درجة من الأخرى.

ومع هذا ، ومع وجود النصوص المحددة للأحكام الانتهائية إعمالا لقاعدة النصاب ، فإن بعض هذه الأحكام لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف لأنه صادر فى حدود النصاب الانتهائى للمحكمة التى أصدرته، والحكمة فى ذلك ترجع إلى اعتبارات متعلقة بالسياسات التشريعية ، أو باعتبارات عملية ترجع إلى مبدأ الاقتصاد فى الإجراءات[1].

وبهذا نكون قد انتهينا من استعراض أول أداة فنية عن طريقها يتدخل المشرع بالنص الصريح مصبغا وصف الانتهائية على بعض الأحكام، مانعا بالتالى- وكقاعدة عامة- الطعن فيها بالاستئناف، وننتقل

- = على الشيخ . الحكم الضمنى . رسالة المنوفية . ص ٢٥٠.

(١) نقض مدنى ١٩٥٦/٦/٢١ مجموعة النقض س ٧ ص ٧٤٢.
- نقض مدنى ١٩٦٠/١٢/١ مجموعة النقض س ١١ ص٦٣.
- نقض مدنى ١٩٦٧/١٢/١٢ مجموعة النقض س ١٨ ص ١٨٥٦.
- نقض مدنى ١٩٦٦/٦/١٦ مجموعة النقض س ١٧ ص ١٤١٥ .
- نقض مدنى ١٩٤٥/١/٧ مجموعة النقض س ٥ص ٣٩٥.

راجع تعديل نصاب المحاكم الجزئية والابتدائية بقانون ٩١ لسنة ١٩٨٠ السابق الإشارة إليه.

الآن إلى دراسة الأدوات الفنية الأخرى التى بمقتضاها يعد الحكم الابتدائى انتهائيا وبالتالى لا يجوز الطعن فيه الاستئناف.

ودراستنا لهذه الأدوات ليست دراسة وصفيـــة أو شـــكلية، ولكنـــها دراسة تحليلية أو موضوعية تهتم ببيان نوع الأداة الفنية المستخدمة فـــى هذا المجال، ثم تحليل هذه الأداة ، ثم بيان طريقة عملـــها، وأثرهـــا فـــى النظام القانونى محل الاعتبار، وأخيرا فدراستنا هذه تتضمن بيان الجـدوى والفائدة من هذه الأداة أو تلك داخل النظام القانونى محل البحث.

المطلب الثالث

الأحكام الابتدائية التى انقضى ميعاد الطعن فيها بالاستئناف فصارت انتهائية لا يجوز الطعن فيها بهذا الطريق

٢٢- تنص المادة ٢٢٧ من قانون المرافعات المصرى علـــى أن: "ميعاد الطعن بالاستئناف أربعون يوما ما لم ينص القانون على غير ذلك.

ويكون الميعاد خمسة عشر يوما فى المواد المستعجلة أيـــا كـــانت المحكمة التى أصدرت الحكم .

ويكون ميعاد الاستئناف ستين يوما بالنسبة للنائب العام أو من يقـوم مقامه".

دراسة ميعاد الطعن بالاستئناف وعوارضه سيكون محلـــها البـــاب الثانى من هذا المؤلف. كذا بداية هذا الميعاد وتحديد اللحظة التـــى منـــها يجرى هذا الميعاد سوف تكون محلا للدراسة فى الباب الثانى. ولكن الـذى يهمنا الآن هو دراسة أثر انقضاء ميعاد الطعن بالاستئناف فـــى وصـــف الحكم بأنه انتهائى وبالتالى لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف.

من الثابت أن فوات ميعاد الطعن بالاستئناف دون طعن فى الحكم

بهذا الطريق يؤدى إلى صيرورة هذا الحكم انتهائيا[١]. وعندما يصير الحكم انتهائيا بهذه الطريقة فإنه يكتسب قوة الأمر المقضى به[٢] .

هذه القاعدة تطبق على الأحكام التى تتضمن أكثر من قضاء، ويتصور ذلك فى الحالة التى يصدر فيها حكم واحد فى طلبين وكان لكل طلب سبب قانونى مستقل عن الآخر، وفوت صاحب المصلحة ميعاد الطعن بالنسبة للحكم الصادر فى أحد الطلبات، وطعن فى الحكم الصادر فى الطلب الآخر. هنا يصير الجزء من الحكم الذى لم يطعن فيه انتهائيا بمرور ميعاد الطعن بالاستئناف مع عدم الطعن بالفعل فى هذا الحكم [٣].

هذا الفرض يكون صحيحا بالنسبة للأحكام الصادرة والمتضمنة لأكثر من قضاء، صادرا فى أكثر من طلب ولكن لا يوجد بينها رباط وثيق.

ومع هذا فيرى جانب من الفقه أن الأحكام التى تصدر متضمنة لأكثر من قضاء ، قد يوجد بين الطلبات التى فصلت بحكم واحد رباط وثيق فى الحالة التى لا يتصور فيها أن يستقيم أحد القضائين إلا مع قيام القضاء الآخر[٤].

فى مثل هذه الحالة، ولاعتبارات عملية، فإذا ما طعن فى شق من هذا الحكم دون الشق الآخر[٥]. وإذا ما مضى ميعاد الاستئناف بالنسبة للشق الذى لم يطعن فيه، فإنه من الملائم طرح هذا الشق الأخير أمام محكمة الاستئناف لكى ينظر كل القضاء الموجود بالحكم الواحد الصادر من أول درجة معا وأمام ذات محكمة الاستئناف.

---

(١) أبو الوفا . الأحكام . ص ٣٩١.
(٢)أبو الوفا . الأحكام . ص ٣٩٢.
(٣)أبو الوفا . الأحكام . ص ٣٩٤.
- نبيل عمر. سبب الطلب القضائى أمام محكمة الاستئناف ،ص١٣٠.
(٤)أبو الوفا . الأحكام . ص ٣٩٤.
(٥)أبو الوفا . الأحكام . ص ٣٩٤.

وتبرير ذلك لدى هذا الرأى يرجع إلى أنه من الجائز أن يكون تعديل أو إلغاء أحد الشقين سببا فى ضياع الفائدة التى يجنيها المحكوم له من القضاء فى الشق الآخر[1].

ومع ذلك ، ومع مراعاة هذه الاعتبارات العملية الهامة، إلا أن حيازة الجزء من الحكم الذى يطعن فيه بالاستئناف لقوة الأمر المقضى، واعتباره انتهائيا، ما يشكل عقبة كؤود أمام أعمال هذا الرأى، ومن جهة أخرى ففى الأخذ بهذا القول ما يجعلنا نتساءل عن الدور الذى سوف تقوم به محكمة الاستئناف إزاء هذا الشق من الحكم الذى حاز قوة الأمر المقضى به من قبل أن يطرح أمام محكمة الاستئناف إعمالا لدواعى الارتباط، لاشك أن محكمة الاستئناف سوف تجد العديد من القيود أمام أعمالها لسلطاتها المعتادة فى نظر الطعن المرفوع أمامها، وسنعود إلى هذه الجزئية بتفصيل أوفى فيما بعد[2].

٢٣- ومن جهة أخرى فإنه يراعى أنه إذا رفع الاستئناف بعد ميعاده فإنه يحكم بعدم قبوله ولا يحكم ببطلانه أو ببطلان صحيفة الطعن[3]. وفيما يتعلق بفوات ميعاد الطعن فى الحكم الابتدائى بالاستئناف مع عدم الطعن فى هذا الحكم بهذا الطريق، وصيرورة الحكم الابتدائى بانقضاء ميعاد الطعن انتهائيا، فإننا نرى أن هذا الوصف يتولد هو الآخر بطريق صناعية ، وهو لا يتولد من مجرد انتهاء الميعاد، بل من سقوط الحق فى الطعن المتولد عن هذا الانقضاء، وشرح ذلك هو الآتى :

حينما يقوم القانون بمنح أحد أشخاصه حقا من الحقوق الإجرائية ،

---

(١)أبو الوفا . الأحكام . ص ٣٩٥.
- نبيل عمر. دراسات فى فلسفة قانون المرافعات. ص ١٥٠.
- نبيل عمر . النظرية العامة للطعن بالنقض . ص ٧٠ وما بعدها.
- نبيل عمر . سبب الطلب القضائى أمام محكمة الاستئناف ص ١٥٠

(٢) أبو الوفا . نظرية الدفوع فى قانون المرافعات ، ط ٥، ص ٣٨٦
- نقض مدنى ١٩٥١/١/١٥ مجلة التشريع والقضاء س ٥ص ١٥٢

فإنه يحدد لهذا الشخص ميعادا ، أو ترتيبا، أو مناسبة معينة يتعين عليه اتخاذ أو ممارسة هذا الحق فى خلالها، فإذا لم يراعى الشخص أوامر القانون فى خصوص ممارسته لهذا الحق الإجرائى. فإنه يتعرض لجزاء شديد، هذا الجزاء هو السقوط ، ويقصد بالسقوط سقوط حق الشخص الإجرائى فى استخدام المكنة أو الرخصة التى خولها له القانون[١].

والسقوط فى مجال قانون المرافعات هو نوع من أنواع الجزاءات. وهو جزاء على مخالفة سلوك الشخص لنموذج القاعدة الإجرائية المقررة لحق من الحقوق الإجرائية[٢].

وبصدد فوات ميعاد الطعن فى الحكم الابتدائى بالاستئناف دون الطعن بالفعل فيه بهذا الطريق، فإننا نقول أن الجزاء المترتب على فوات الميعاد هو سقوط الحق فى الطعن بالاستئناف . هذا السقوط يترتب بصرف النظر عن القيام بالعمل الاجرائى، فإذا حدد القانون للقيام بالعمل ميعادا أو ترتيبا معينا، وانقضى هذا الميعاد أو الظرف الزمنى المعين دون القيام بالعمل سقط الحق فى القيام به.

ومع ذلك فإذا قام الخصم بالعمل بعد ذلك تحقق جزاءان: الأول هو السقوط الذى وقع بالفعل قبل القيام بالعمل، وجزاء ثان هو البطلان الذى يتحقق بالقيام بالعمل فى غير الظرف الزمنى الذى نص عليه القانون[٣]. فإذا فات ميعاد الطعن بالاستئناف ، على ضوء الشرح السابق ، سقط الحق فى الطعن، وإذا طرح طعن بعد فوات الميعاد على محكمة الاستئناف كان عليها ومن تلقاء نفسها أن تحكم بعدم قبوله لسقوط الحق فيه. فالسقوط يولد فى الواقع دفعا بعدم قبول الطعن ، وهذا الدافع يتعلق بالنظام العام لأن ميعاد الطعن بالاستئناف يتعلق بالنظام العام.

---

(١) فتحى والى. ص ٣٨٦.

(٢)فتحى والى. ص ٣٨٦.

(٣)فتحى والى. ص ٣٨٦.

وكما أن السقوط يولد هذا الدفع بعدم القبول، فإنه يولد وصفا آخر يتصف به الحكم المطعون فيه، هذا الوصف يكمن فى صيرورة الحكم الابتدائى الذى يطعن فيه فى الميعاد انتهائيا وحائزا لقوة الأمر المقضى. بل أكثر من هذا ففوات الميعاد مع عدم الطعن يولد أثرا آخر هو عدم جواز الطعن فى مثل هذا الحكم الانتهائى بطرق الطعن غير العادية أى الالتماس والنقض حتى إذا فرضنا وتوافر سبب من أسباب ولوج هذه الطرق من طرق الطعن غير العادية، فهناك ترتيبا معينا للطعن فى الأحكام يجب احترامه، لأن لكل طعن نظاما قانونيا خاصا به، وأهداف متعلقة بالسياسة التشريعية خاصة بكل نظام، مخالفة هذه النظم وبالتالى مخالفة هذه الأهداف يمنع ولوج طريق معين من طرق الطعن إذا لم تتوافر شروطه.

هذا هو كل ما يتعلق بفوات ميعاد الطعن وأثره على الحكم الابتدائى، وقد رأينا بجلاء أن وصف الانتهائية الذى يوصف به الحكم هو وصف " وارد من الخارج" أى متولد عن عنصر خارجى عن العناصر المكونة للحكم القضائى ذاته[1].

٢٤- ومن جهة أخرى، وكما سوف نرى من بعد ، فإن هناك العديد من الأدوات الفنية التى عن طريقها يصير الحكم الابتدائى انتهائيا، مثال ذلك، إذا رفع الطعن بالاستئناف فى الميعاد ولكن لم تعلن صحيفته بالفعل خلال ثلاثة أشهر ، أى لم يكلف المستأنف عليه بالحضور خلال هذا الميعاد الذى يحسب من تاريخ تقديم صحيفة الطعن إلى قلم الكتاب، فإن الاستئناف يعتبر كأن لم يكن.

واعتبار الاستئناف كأن لم يكن يؤدى فى هذه الحالة إلى وزال صحيفة الطعن بالاستئناف ذاتها، واعتبار كل ما ترتب عليها كأن لم يكن. ومعنى ذلك هو صيرورة الحكم الابتدائى المطعون فيه انتهائيا لأن ميعاد

---

(١) أبو الوفا . انقضاء الخصومة بغير حكم . ص ١٤٠

الثلاثة أشهر يجب ميعاد الطعن[1].

صيرورة هذا الحكم انتهائيا يمنع من الطعن فيه بالاستئناف مرة ثانية بل أكثر من هذا لا يجوز الطعن فى هذا الحكم بطرق الطعن غير العادية.

٢٥- سقوط الخصومة فى الاستئناف وأثره على الحكم المطعون فيه بهذا الطريق:

سقوط الخصومة، كما يعرفه الفقه السائد فى مصر وفرنسا، هو انقضائها وإلغاء جميع إجراءاتها بناء على طلب أحد الخصوم بسبب عدم موالاتها مدة ستة أشهر دون انقطاع من تاريخ آخر إجراء صحيح فيها[2].

ومن الطبيعى أنه لا يدخل فى اعتقادنا الدراسة التفصيلية لنظرية السقوط فى قانون المرافعات، فهذه الدراسة التى لم تؤصل حتى الآن فى الفقه الإجرائى تحتاج لدراسة ليس هنا محلها.

وتنص المادة ١/١٣٨ من قانون المرافعات على أنه :" متى حكم بسقوط الخصومة فى الاستئناف اعتبر الحكم المستأنف انتهائيا فى جميع الأحوال".

اعتبار الحكم الابتدائى المطعون فيه بالاستئناف والذى سقطت خصومته أمام محكمة الدرجة الثانية انتهائيا هو أثر من آثار السقوط، هذا السقوط تولد من مرور الزمن المحدد الى ركدت فيه الخصومة ولم يتخذ فيها أى إجراء مقصودا به موالاة السير فيها خلال المدة التى حددها

---

(١) أبو الوفا . الأحكام . ص ٣٩٠

(٢) انظر فى هذا الموضوع: أحمد أبو الوفا. انقضاء الخصومة بغير حكم ١٩٥١ ص ١٢ وما بعدها.

- أحمد أبو الوفا . نظرية الدفوع ، ص ٦٠٤ وما بعدها.
- تعديل المادة ١٣٤ مرافعات بالقانون قم ١٨ لسنة ١٩٩٩، حيث أصبحت مدة سقوط الخصومة هى ستة أشهر من تاريخ آخر إجراء صحيح اتخذ فيها.

القانون.

وصف الانتهائية إذا الذى يلصق بالحكم المطعون فيه بالاستئناف فى هذه الحالة يتولد من سقوط الخصومة مباشرة، ولكنه فى الواقع يتولد من مرور الزمن الذى حدده القانون لاتخاذ الإجراء الذى لم يتم اتخاذه ، ويكون ذلك بطريق غير مباشر.

وبناء على هذا السقوط الذى أصاب خصومة الاستئناف فلا يجوز للمستأنف إعادة استئنافه ، ويكون ذلك ولو لم يكن قد سقط حقه فى الاستئناف ، مثال ذلك كما لو كان المستأنف قد بادر برفع استئنافه قبل إعلانه الحكم له فى الحالات التى يسرى فيها ميعاد الاستئناف من تاريخ الإعلان[1].

وعلى ذلك فلولا نص المادة ١/١٣٨ من قانون المرافعات لكان من الجائز فى هذه الحالة إعادة استئناف الحكم . وتتصور هذه الحالة حينما يحكم بسقوط خصومة الاستئناف الذى تم رفعه قبل إعلان الحكم إلى الطاعن. وذلك فى الأحوال التى يبدأ فيها الطعن من تاريخ الإعلان(م٢١٣ مرافعات). ثم بعد الحكم بالسقوط، يتم إعلان الحكم إلى المستأنف ويبدأ بهذا الإعلان جريان ميعاد الطعن، فلولا نص المادة ١/١٣٨ من قانون المرافعات لأمكن إعادة رفع الطعن مرة ثانية، ولكن بقيام هذا النص، فإن الحكم -كما سبق القول - يصير انتهائيا فى جميع الأحوال التى يحكم فيها بسقوط الخصومة فى الاستئناف وايا كانت اللحظة التى يبدأ فيها تاريخ جريان ميعاد الطعن.

هذه واحدة من الحالات التى يصير فيها الحكم الابتدائى انتهائيا

(١) استئناف مختلط ١٩٤١/٢/٤ مجلة التشريع س ٥٣ ص ٧٩.
- استئناف مختلط ١٩٤٦/١٢/٢٠ مجلة التشريع س٥٩ ص ٣٤.
- استئناف مختلط ١٩٤٢/٤/٢١ مجلة التشريع س ٥٤ ص٣٧ .
- استئناف مختلط ١٩٣٤/١١/٢١ مجلة التشريع س ٤٦ ص ٣٩.

نتيجة لتداخل عنصر خارجي عن مكونات الحكم القضائى ذاته.

٢٦- ومن جهة أخرى فقد حكمت محكمة النقض المصرية بأن أعمال الأثر المقرر فى المادة ١/١٣٨ من قانون المرافعات يقتضى أن يكون الحكم الابتدائى قد بقي على حاله ولم تتناوله محكمة الاستئناف بأى تعديل أو إلغاء.

ولا يعتبر الحكم الصادر بقبول الاستئناف شكلا من الأحكام التى تمس الحكم الابتدائى بتعديل أو إلغاء. كما أن اعتبار الحكم المستأنف انتهائيا يقتضى بطريق اللزوم عدم اعتبار صحيفة الاستئناف قائمة، بل إن ذات الحق فى الاستئناف يزول فلا يكون للمستأنف أن يرفع استئنافا جديدا ولو لم يكن الحكم المستأنف قد أعلن إليه[١].

ومن جهة أخرى فإن سقوط الخصومة فى الاستئناف لا يستتبع بطريق اللزوم بطلان الاستئناف المقابل. فهذا النوع من الاستئناف يولد خصومة مستقلة عن خصومة الاستئناف الأصلى. صحيح أن خصومة الاستئناف الأصلى هى التى ولدت الفرصة لرفع هذا الاستئناف المقابل، إلا أن دور خصومة الاستئناف الأصلى يقتصر عند هذا الحد دون أن يوجد ارتباط وثيق بين هذه الطعون يبرر سقوط الاستئناف المقابل بسقوط الاستئناف الأصلى[٢].

ويرى البعض أنه ينبغى العمل بهذه القاعدة أيا كانت الطريقة التى أتبعت فى رفع الاستئناف المقابل[٣].

---

(١) استئناف مختلط ١٩٢٨/٥/٢٩ مجلة التشريع والقضاء س ٤٠ص ٣٨٩.
- أبو الوفا. الأحكام، ص ٣٩٦ .
- نقض مدنى ١٩٥٨/٥/١ مجموعة النقض س ٩ ص ٣٨٢.
- نقض مدنى ٤٩٦٦/٣/١٠ مجموعة النقض س ١٧ ص ٥٤٢.

(٢) قارن ابو الوفا . الدفوع ، ص ٦٠٦.

(٣) أبو الوفا. الدفوع، ص ٦٠٦

وعلى العكس مما هو مقرر بالنسبة للاستئناف المقابل، فإن سقوط الخصومة فى الاستئناف الأصلى يستتبع بطريق اللزوم سقوط الاستئناف الفرعى . فالمادة ٢/٢٣٧ من قانون المرافعات المصرى تنص على أن هذا الاستئناف يتبع الاستئناف الأصلى ويزول بزواله(١).

وحديثا قررت محكمة النقض المصرية أن الخصومة فى الاستئناف تعتبر مستقلة فى مجال تطبيق أحكام سقوط الخصومة أمام محكمة الدرجة الأولى، وما يجرى على إحداهما من أحكام الوقف والسقوط لا أثر له على الأخرى، وسوف نزيد هذه المسألة تفصيلا فى دراستنا التالية فى هذا المؤلف(٢).

من هذه الدراسة المتعلقة بأثر مرور الزمن دون قيام الخصم باستعمال حق من حقوقه الإجرائية، أو دون اتخاذ ما أمره به القانون، مرور الزمن هذا بالإضافة إلى هذا السلوك السلبى بالامتناع من جانب الخصم يولد جزاء السقوط الذى ينعكس على المركز الإجرائى المسمى بالخصومة فيقضى عليها ويتولد من هذا الانقضاء مجموعة آثار يهمنا منها الأثر المتعلق بالحكم الابتدائى المطعون فيه بالاستئناف.

هذا الحكم ونتيجة لهذا السقوط يصير انتهائيا بهذا الوصف لا يجوز الطعن فى هذا الحكم مرة ثانية بالاستئناف، عدم جواز الطعن فى الحكم بالاستئناف فى هذه الحالة يولد أثرا آخر أشد خطورة ، هو عدم جواز الطعن فى هذا الحكم ، الذى صار انتهائيا بطريقة اصطناعية، بطرق الطعن غير العادية حتى مع قيام السبب المبرر للطعن فيه بهذه الطرق.

وبهذا يتجلى بأوضح صورة تأثير استخدام الأدوات الفنية للطعن بالاستئناف على أهداف نظام الطعن كله(٣).

---

(١) أبو الوفا . الدفاع ، ص ٦٠٥-٦٠٦.

(٢) نقض مدنى ١٩٦٦/٣/١٠ مجموعة النقض س ١٧ ص ٥٤٢.

(٣) نبيل عمر. الأدوات الفنية للطعن بالاستئناف وأثرها على موضوع الطلب=

ومن جهة أخرى، فإن المستأنف الذى يفوت على نفسه ميعاد الطعن بالاستئناف فإن الطعن بهذا الطريق لا يعتبر أنه قد تم استنفاذه.

المطلب الرابع

الاتفاقات المانعة من الطعن فى الأحكام بالاستئناف وأثرها فى جعل الحكم الابتدائى انتهائيا

٢٧- تنص المادة ٢١٩/٢ على أنه :" ويجوز الاتفاق ولو قبل رفع الدعوى على أن يكون حكم محكمة الدرجة الأولى انتهائيا".

فى نطاق استعراضنا للأحكام التى لا يجوز الطعن فيها بالاستئناف. باعتبار هذا الطريق طريقا عاديا من طرق الطعن فى الأحكام الصادرة من محاكم أول درجة ، يجوز ولوجه للطعن على هذه الأحكام بأى سبب سواء تعلق سبب الطعن بالإجراءات أو بالموضوع ، فى نطاق هذا الاستعراض كان من اللازم تحديد الأدوات الفنية التى عن طريقها يوصف الحكم بأنه انتهائى. وقد عالجنا فيما سبق عدد من هذه الأدوات. والآن فإننا نجتهد فى معالجة الاتفاقات المانعة من الطعن فى الأحكام الابتدائية بالاستئناف ، نستعرض هذه الاتفاقات على ضوء ما هو وارد بالمادة ٢١٩/٢ التى وردت فى الفصل الخاص بالاستئناف فى قانون المرافعات المصرى. ونركز على الأثر المتولد من هذه الاتفاقات بالذات ما ينشأ عنها من صيرورة الحكم الابتدائى انتهائيا لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف.

٢٨- ولعل دراسة الاتفاقات المانعة من الطعن فى الأحكام القضائية

=القضائى – دراسات فى فلسفة قانون المرافعات ، ص ١٢٠.

Roger Perrot: l'influence de la technique .

المرجع السابق ، ص ١٢ وما بعدها.

Jean Hauser : Objectivisme et subjectisme .

رسالة – باريس- ١٩٦٩، ص ٨٠ وما بعدها.

تثير فى الذهن الصور المتعددة التى يستخدم فيها رضاء الأطراف كـأداة للتنازل عن الطعن فى الأحكام بالاستئناف وما يترتب على هذا الرضـاء من صيرورة الحكم الابتدائى انتهائيا. ولعله من الملائم قبل دراسـة هـذه الاتفاقات أن نبحث عن الصور المختلفة التى بها يوجـد رضـاء بـالحكم مانعا من الطعن فيه(١).

يرى الفقه فى جمهوره أنه يشترط لقبـول الطعـن بالاسـتئناف ألا يكون الطاعن قد قبل الحكم صراحة، وقبول الحكم الابتدائى هو الرضـاء به صراحة أو ضمنا بحيث يمتنع على من رضى به الطعن فيـه بعدئـذ، وذلك فى مواجهة من صدر الحكم والقبول لصالحه(٢).

وفى هذا المعنى تنص المادة ٢١١ من قانون المرافعات المصـرى فى باب الأحكام العامة فى طرق الطعن على أنه :" لا يجوز الطعن فـى الأحكام إلا من المحكوم عليه ولا يجوز ممن قبل الحكم أو ممن قضى له

---

(١) Civ. 20/6/1969 j.c. P. ed A. IV, no. 5568.
Raynaud .R.T.D.C. 1970 .p.238.
Comm 5/7/1971. Gaz pal . 1971 .p.13.
Raynaud R.T.D.C. 1972 .p. 1985
Paris 27/5/1974 R.T.D.C p. 855 abs. Perrot.
- أبو الوفا ، الأحكام ، ص ٨٢٢.
- فتحى والى، المرجع السابق ، ص ٥٩٤ .
- كمال عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص ٤٣٥.

(٢) أبو الوفا . الأحكام ص ٨٢٢.
- نقض مدنى ١٩٧١/١/٦ مجموعة النقض س ٢٢ ص ٢٣.
- نقض مدنى ١٩٦٦/٥/٥ مجموعة النقض س ١٧ ص ١٠٣١.
- نقض مدنى ١٩٦٦/٦/٣٠ مجموعة النقض س ١٧ ص ١٤٩٠.
- نقض مدنى ١٩٦٣/٢/٦ مجموعة للنقض س ١٤ ص ٢١٨ .
- نقض مدنى ١٩٧١/١١/٩ مجموعة للنقض س ٢٢ ص ٨٦٩ .
- نقض مدنى ١٩٤٩/١٢/١ المحاماة س ٣٠ ص ٧٢٥.

بكل طلباته ما لم ينص القانون على غير ذلك".

وورد هذا النص فى باب الأحكام العامة التى تنطبق على كل طرق الطعن يجعلنا نقول أن الرضا بالحكم الابتدائى أو الانتهائى يعتبر قبولا له، مانعا من الطعن فيه بكافة طرق الطعن.

الرضا إذا بالحكم الابتدائى، فى خصوص هذه الدراسة المكرسة للنظرية العامة للطعن بالاستئناف، يعتبر عنصر خارجي يضاف إلى الحكم القضائى متضمنا التنازل عن حق من الحقوق الإجرائية، وهو الحق فى الطعن فى الحكم بالاستئناف، هذا التنازل يتضمن معنى إسقاط للحق الإجرائى الذى منحه القانون لصاحب الصفة فى الطعن، بحيث إذا وقع القبول صحيحا كما سوف نرى من بعد، ثم عن لمن قبل الحكم أن يطعن فيه، فإن هذا الطعن يكون غير مقبول، وعدم القبول هنا يتعلق بالنظام العام، عدم القبول هذا يتولد من السقوط الذى تولد هو أيضا من واقعة سبق قبول الحكم الابتدائى.

والقبول المانع من الطعن يزود الحكم الابتدائى بصفة الانتهائية التى تجعله يحوز قوة الأمر المقضى به، ويمنع من الطعن فيه ، بهذه الصفة بطرق الطعن غير العادية، والعلة فى ذلك واضحة : فطرق الطعن العادية لم يتم استنفاذها بالنسبة لهذا الحكم الذى كان محلا للقبول.

٢٩- والرضا بالحكم الابتدائى الذى يشكل قبولا له مانعا من الطعن فيه بالاستئناف قد يكون قبولا صريحا أو قبولا ضمنيا. هذا القبول يكيف من الناحية القانونية على أنه تصرفا قانونيا صادرا بالإرادة المنفردة وبناء على ذلك فلا يشترط لوقوع هذا القبول رضاء الطرف الآخر، ويجب أن تتوافر فى القابل أهلية التصرف[١].

والقبول الصريح يتوافر بإعلان إرادة صريحة من جانب القابل

---

(١) فتحى والى ، ص ٥٧٢.

بعدم الرغبة فى الطعن، وصور إيقاعه متعددة ، وللمحكمة سلطة مطلقة فى تقدير وقوعه أو عدم وقوعه.

والقبول الضمنى هو سلوك ممن له الحق فى الطعن لا يتفق مع إرادة الطعن في الحم بالطرق التي يقررها القانون.

والقبول قد يكون شاملا لكل الحكم الابتدائى ، وقد ينصب على جزء منه فقط ، وان كان القبول الجزئى لبعض بنود الحكم يثير فى العمل العديد من المشاكل وذلك فى الأحوال التى يوجد فيها بين الأجزاء من الحكم التى قبلت والتى تقبل رباط وثيق لا يقبل الانفصام.

وقد رأينا أن هناك فى الفقه من ينصح بطرح كل أجزاء الحكم على محكمة الطعن رغم حيازة الأجزاء التى تم قبولها لقوة الأمر المقضى[1].

وقبول الحكم المانع من الطعن فيه من الممكن أن يحدث بعد صدور الحكم. وأساس ذلك يرجع إلى أن الخصم يستطيع فى هذه اللحظة بالذات أن يقدر ما إذا كان من مصلحته قبول الحكم ، أم الطعن فيه .

ومع هذا فالقانون المصرى قد قنن الحالة التى يقع فيها القبول قبل صدور الحكم ، وذلك على أساس عدم تعلق الحق فى الطعن بالنظام العلم كما لا يستفاد القبول من إعلان الصورة التنفيذية وتفويض المحضر (م ٢/٢١٩)[2].

ومن تطبيقات القضاء فى هذا الصدد أن القبول لا يستفاد من التراخى فى الطعن أو مناقشة مدى حجية الحكم. ولا من النزول عن طلب وقف التنفيذ[3] ولا من التنفيذ الاختيارى لحكم انتهائى فهذا الحكم

---

(١) أبو الوفا، الأحكام ، ص ٣٩١ .

(٢) نقض مدنى ١٩٥٧/٥/٢٣ مجموعة النقض س ٨ص ٤٩٦.

- نقض مدنى ١٩٦١/٣/٣٠ مجموعة النقض س ١٢ ص ٣٠٠.

- نقض مدنى ١٩٥٧/٣/٢١ مجموعة النقض س ٨ ص ٢٤١

(٣) نقض مدنى ١٩٦٣/١/١٧ مجموعة النقض س ١٤ ص ١٣٦.

قابل للتنفيذ الجبرى حسب القواعد العامة[1].

كما لا يستفاد القبول من القيام بالتنفيذ الاختيارى لحكم مشمول بالنفاذ المعجل متى أراد المحكوم عليه تفادى أضرار تلحقه من جراء إرجاء التنفيذ[2].

ولا يستفاد القبول المانع من الطعن فى الحكم الابتدائى بالاستئناف من مجرد تنفيذ حكم الإحالة على التحقيق ولو اكتفى بسماع شهود خصمه فإن ذلك لا يمنعه من الطعن فيه مع الحكم الصادر فى الموضوع[3].

بالقبض[4].

ومن جهة أخرى فيلاحظ أن القبول ، فى هذا المجال، لا يصح بالنسبة إلى المسائل التى تتعلق بالنظام العام كالمسائل التى لا يجوز فيها الصلح، ومتى تم القبول سواء كان صريحا أم ضمنيا، كليا أم جزئيا وقع باتا، وبالتالى لا يجوز العدول عنه، ويتحصن به الحكم من الطعن أيا كان وجه النعى أو سبب البطلان[5].

والقبول المانع من الطعن يصدر من المحكوم عليه بكل أو بعض طلبات خصمه[6]. ومع هذا فإننا نرى أن هذه الصورة تقتصر على القبول الصادر من المحكوم عليه بعد صدور الحكم، أما فى الأحوال التى يجوز

---

(١) نبيل عمر .إجراءات التنفيذ فى المواد المنية والتجارية ط١ س ١٩٧٩ ص ١٨٠.
- عزمى عبد الفتاح . نظام قاضى التنفيذ. رسالة - عين شمس ١٩٧٨.
- نقض مدنى ١٩٦٦/٦/٣ مجموعة النقض س ١٧ ص ١٤٩٠.

(٢) نقض مدنى ١٩٧١/١١/٩ مجموعة النقض س ٢٢ ص ٨٦٩.

(٣) نقض مدنى ١٩٧٦/٣/٣٠ طعن رقم ٥٩٢ س ٤٠.

(٤) نقض مدنى ١٩٥٢/١٠/١٦ مجموعة النقض س ٤ ص ٢١.
- نقض مدنى ١٩٧٦/٢/١٠ طعن رقم ٢١٨ س ٤٠.

(٥) أبو الوفا ، الأحكام ، ص ٨٣٠ .
- كمال عبد العزيز ، ص ٤٠٢
- عبد المنعم حسنى ، ص ٦٠.

(٦) أبو الوفا . الأحكام ص ٨٢٣ .

فيها الاتفاق ولو قبل رفع الدعوى على أن يكون الحكم انتهائيا، فإن قبول الحكم فى هذه الحالة يصدر من أى طرف من أطراف الخصومة، لأنه قبل صدور الحكم لا نستطيع معرفة من سيكون محكوماً لـه، ومن سيكون محكوماً عليه .

وقد حكم فى هذا الخصوص بأن الاستئناف لا يكون مقبولاً ممَّن قبل الحكم أو ممن قضى له بكل طلباته.

كما حكم بأنه يجوز التنازل اللاحق للحكم عن الحق فى الاستئناف بإعلان من المحكوم عليه يدل على قبوله للحكم، سواء كان التعبير عن ذلك صريحاً أو ضمنياً ولكن يشترط فى هذا القبول أن يكون قاطع الدلالة على قضاء المحكوم عليه بالحكم وتركه الحق فى الطعن فيه، ولا يعد كذلك تنفيذ الحكم اختياراً متى كان واجب التنفيذ.

وحكم بأن طلب المستأنف عليه تأييد الحكم المستأنف يعتبر قبولاً منه لذلك الحكم يمنعه من رفع استئناف فرعى بطلب تعديله ويشترط أن يصدر القبول ممن يملكه فلا يصح من الوكيل إلا إذا كان مفوضاً فى ذلك تفويضا خاصاً. (١).

ويجوز أيضاً التنازل عن الحق فى الاستئناف بعد رفع الدعوى وقبل صدور الحكم فيها، لأن ذلك يعتبر قبولاً للحكم قبل صدوره، والقبول المانع من الطعن سواء تم قبل صدور الحكم أو بعد صدوره يعتبر مانعاً من الطعن .

ويلاحظ أن التنازل عن الحق فى الاستئناف قبل صدور الحكم لا يعتد به ومن ثم لا يمنع من رفع الاستئناف إذا ورد على أمر يتعلق

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٦/٦/٣٠ طعن ٣٥٩ س ٣١ ق.
- نقض ١٩٨٠/٢/٢٣ ط. ٥٣٠ س ٤٧ ق.
- نقض مدنى ١١/٥ / ١٩٧٨ ط . ٥٠٨ س ٤٥ ق.

بالنظام العام.

وتفويض الخصم الرأى للمحكمة أثناء نظر الدعوى لا يعتبر قبـــولاً مسبقاً للحكم يمنعه من استئنافه إذ هو لا يعدو مجرد التجـــاء إلـــى فطنـــة القاضى.

وحكم بأنه يجوز التنازل عن متابعة السير فى الاستئناف حال نقض الحكم وإعادة الدعوى لسيرها أمام محكمة الإحالة، ولا يجوز القول بـــأن الإقرار بالتنازل قد قدم فى مرحلة الطعن بالنقض وهـــى متمـــيزة عـــن خصومة الاستئناف المتعلقة بالدعوى الموضوعية لأنه وإن كـــان الحكـــم الصادر فى الاستئناف وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، من شـــأنه أن ينهى الدعوى إلا أن نقض هذا الحكم يزيله ويفتـــح البـــاب للخصـــوم للعودة إلى المحكمة الإحالة لمتابعة السير فيها بناء على طلـــب الخصـــوم ويجب توافر أهلية التنازل عن الحق فى جميـــع أحـــوال التنـــازل عـــن الاستئناف[1].

أما النزول عن الحكم فيصدر دائماً من المحكوم له، ويمنع خصـــم المحكوم له من الطعن على هذا الحكم[2]. هنا نجد أن الرضا الصادر مـــن المحكوم له بالنزول عن الحكم الصادر لصالحه، قد ولد اثر منعكس فـــى مواجهة الخصم الآخر، هذا الأثر يزيل أى مصلحة لهذا الأخير فى الطعـن على هذا الحكم . فلو كان الحكم الذى تم النزول عنه حكما ابتدائياً، فـــإن نزول الصادر لصالحه هذا الحكم عنه يولد وصف الانتهائية لهذا الحكـــم وبالتالى يمنع الطعن فيه بالاستئناف، والنزول عن الحكم هو نوع مـــن

---

(١) نقض ١٠/٤/١٩٨٤ طعن رقم ٣١ س ٥٣ق.
- نقض مدنى ١٤/١٢/١٩٨٠ ط ١٥٣٣ س ٤٩ق.
- نقض مدنى ٢٤/١١/١٩٧٦ طعن رقم ٣٢ س ٤٥ ق.
- نقض مدنى ٤/٤/١٩٩٣ طعن ١٦٠٧ س ٥٣ ق.

(٢) أبو الوفا . الأحكام ، ص ٨٢٤ ..

الإسقاط للحقوق، فلا يشترط رضاء الخصم الآخر لإيقاع هذا النزول(١).

وفيما يتعلق بقبول الحكم الباطل أو المبنى على إجراء باطل، فالفقه يفرق بين ما إذا تم هذا القبول بعد صدور الحكم، هنا لا يملك المحكوم عليه التحدى بجهله بطلانه ليصل إلى التحلل من هذا القبول . ومثال ذلك إذا ما تم قبول الحكم بعد إيداع مسودته المشتملة على منطوقه وأسبابه هنا لا يجوز التحلل بعدئذ من هذا القبول(٢).

ويستثنى من ذلك أوجه البطلان التى تتعلق بالنظام العام، فالقاعدة أن قبول الخصم لمسألة من المسائل التى تتعلق بالنظام العام لا ينتج أى أثر فى هذا الصدد(٣).

وعلى العكس من ذلك ، فإذا تم القبول فور صدور الحكم وقبل إيداع مسودته، أو إذا حصل هذا القبول مقدماً وأثناء نظر الدعوى وقبل صدور الحكم ، فإنه لا يتضمن التنازل عن التمسك بأوجه البطلان التى شابت الحكم أو إجراءاته(٤). ولا يشترط القانون أى شكل خاص للقبول، كما أن القبول الصريح ينتج أثره كاملاً أيا كانت طبيعة الحكم الذى كان محلاً لهذا القبول(٥).

فإذا ما انتهينا من هذه الصورة من صور الإعلان الإرادى الصادر من الخصم فى صورة قبول للحكم الصادر عليه، وإذا ما بينا أثر ذلك فى قابلية الحكم المقبول للطعن فيه بالاستئناف، فإننا نكون قد تهيأنا للانتقال

---

(١) J. Vincent . Precis .p. 793
Paris 27/5/1974.R.T. p. 855.
Orleans 17/12/1975 J.C.p. 1976 . IV . No. 6609 .

(٢) أبو الوفا . الأحكام ، ص ٨٣٠.

(٣)أبو الوفا . الأحكام ، ص ٨٣٠.

(٤)أبو الوفا . الأحكام ، ص ٨٣٠.

(٥) نقض مدنى ٤/٥/١٩٥٠ مجموعة النقض س ٢ ص ٣٤٤.

لدراسة الاتفاقات المانعة من الطعن وأثرها فى صيرورة الحكم الابتدائى نهائياً غير جائز الطعن فيه بالاستئناف.

٣٠- سبق القول أن المادة ٢/٢١٩ من قانون المرافعات تنص على أنه: " ويجوز الاتفاق ولو قبل رفع الدعوى على أن يكون حكم محكمة الدرجة الأولى انتهائياً" . بالرغم من أن الحق فى الطعن فى الحكم الابتدائى بالاستئناف لا يتولد إلا من اللحظة التى يصدر فيها هذا الحكم وبالتالى لا يجوز الاتفاق على النزول عن الحق فى الطعن بالاستئناف إلا بعد صدور الحكم ، إلا أنه ، نظراً لوجود نص المادة ٢/٢١٩ فمن الجائز الاتفاق على هذا النزول(١) .

والواقع أن التبرير الذى يمكن اعطاؤه لنص هذه المادة هو أن محل الاتفاق سوف يكون الحق المستقبل، أى الحق الذى سوف ينشأ فى المستقبل بصدور الحكم الذى تم الاتفاق بمناسبته على النزول عن الحق فى الطعن وعلى ذلك فإنه يمكن الاتفاق مقدما وقبل رفع الدعوى على أن يكون حكم أول درجة انتهائياً غير قابل للطعن فيه بالاستئناف(٢).

وعلى العكس من ذلك فإن الحكم الذى لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف لا يصبح قابلاً له ولو اتفق الأطراف على هذه القابلية(٣)ويكون الاستئناف فى هذه الحالة غير مقبول،وعدم القبول هذا يتعلق بالنظام العام.

ومن جهة أخرى فإنه يلاحظ أن نص المادة ٢/٢١٩ وإن كان يجيز الاتفاق على نهائية حكم محكمة الدرجة الأولى، إلا أنها لا تجيز الاتفاق على رفع النزاع مباشرة إلى محكمة الدرجة الثانية لتعلق ذلك الاختصاص بالنظام العام، ولأن هذا يعد طرحاً لطلب مبتدأ لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية(١).

---

(١) فتحى والى . ص ٥٩٦.

(٢) كمال عبد العزيز . ص ٤٣٤.

(٣) عبد المنعم حسنى، ص ٢٣١.

ويتضح من نص المادة ٢/٢١٩ أنه يجب أن يتفق الطرفان على النزول عن الحق في استئناف الحكم الابتدائي، وهذا الاتفاق يعتبر عقد من عقود القانون الخاص، فيخضع في أركانه وشروط صحته للقواعد المعمول بها في القانون المدني. وبناء على ذلك فنزول أحد الطرفين دون الآخر عن الاستئناف قبل صدور الحكم لا يعتد به. لأن هذا يعتبر إسقاط لحق من الحقوق الإجرائية التي لم تنشأ بعد.

ويرى بعض الفقه في مصر أنه إذا صدر الحكم بعد الاتفاق (م٢/٢١٩)باطلاً أو مبنيا على إجراء باطل . فإنه من الجائز الطعن فيه بالاستئناف استثناء واعمالا للمادة ٢٢١ من قانون المرافعات، فهذه المادة تجيز الطعن في الأحكام الانتهائية الصادرة من محاكم الدرجة الأولى متى كانت باطلة أو مبنية إلى إجراءات باطلة[٢].

ونلاحظ أن هذا الرأى قد رتب على الاتفاق الذى تم قبل صدور الحكم آثاره ، وبالتالى اعتبر الحكم الصادر في هذا المثال انتهائيا، والانتهائية هنا تتولد من الاتفاق، فالحكم بحسب الأصل ابتدائي، ولكن نظراً لوجود الاتفاق على منع الطعن فيه بالاستئناف قد اعتبر نهائياً، ولا شك أن هذا الاستنتاج لهو صحيح وسليم من الناحية القانونية.

ومن جهة أخرى يرى هذا الفقه أن الخصم الذى له الحق في الطعن في هذا الحكم بالاستئناف اعمالاً للمادة ٢٢١ من قانون المرافعات، هو الخصم الذى تقرر البطلان لمصلحته، أما الخصم الأخر فلا يملك الطعن على هذا الحكم – الانتهائي– بالاستئناف إعمالا للمادة ٢٢١ ولو بصورة فرعية . وتبرير ذلك هو أن هذا البطلان يعتبر أمراً مستقلاً عن الاتفاق الحاصل بين الخصوم، وأكثر من ذلك فهذا البطلان الذى شاب الحكم أو

---

(١) نبيل عمر . سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف .ص ١٥٠

– نقض مدني ١٩٧٦/١١/١٢٤ طعن رقم ٣٢ س ٣٥.

(٢) أبو الوفا . الأحكام ، ص ٨٣٦ .

شاب إجراءاته لا يهدر الاتفاق الذى تم بين الخصوم، ومن جهة أخرى فإن الاستئناف فى نطاق المادة ٢٢١ من قانون المرافعات يهدف فقط إلى إلغاء الحكم المطعون فيه، وليس تصحيح القضاء الموضوعي الكامن في الحكم والذى تم الاتفاق من قبل علي الرضاء به[١].

٣١- ويسمى البعض هذه الصورة من صور النزول عن الطعن فى الأحكام بالاستئناف بالاختصاص التحكيمى[٢]. والواقع أن هذه التسمية غير دقيقة، فنحن إزاء اتفاق بين الخصوم ، غايته النزول عن الطعن بالاستئناف فى الحكم الذى سوف يصدر فى النزاع، فليس هنا تحكيم ولا محكمين ولا حكم محكم ولا خصومة تحكيم[٣].

ومن جهة أخرى فيجب لسلامة الاتفاق المنصوص عليه فى المادة ٢/٢١٩ من قانون المرافعات أن يكون الخصم حائزاً لأهلية الصلح فى موضوع النزاع، أى حائزاً لأهلية التصرف[٤].

ومن جهة أخرى فيجب لسلامة الاتفاق المنصوص عليه فى المادة ٢/٢١٩ من قانون المرافعات أن يكون الخصم حائزاً لأهلية الصلح فى موضوع النزاع، أى حائزاً لأهلية التصرف[٥].

ومن جهة أخرى فإنه لا يجوز الاتفاق على نهائية الحكم إذا كان موضوع النزاع متعلقا بالنظام العام، ومع هذا فمن المتصور تفويت ميعاد الطعن بإرادة المحكوم عليه مما ينتهى إلى نفس النتيجة، أى إلى صيرورة

---

(١) أبو الوفا. الأحكام. ص ٨٣٦.

(٢)أبو الوفا. الأحكام. ص ٨٣٦.

(٣) عبد الباسط جميعى- نظام الطعن فى الأحكام - دروس على الآلة الكاتبة ص٤٥.

(٤) التحكيم فى المنازعات الداخلية والدولية. للمؤلف،دروس ألقيت على طلبة أكاديمية النقل البحرى بالإسكندرية ،ط ٣ ، ص٥٠ وما بعدها.

(١)العشماوى - المرافعات ، ص ٨٤٢ .

- السنهورى - الوسيط ، ج ٥ ، ص ٥٣١
- أبو الوفا- المرافعات، ص ٧٧٦.

الحكم الابتدائى انتهائيا غير قابل للطعن فيه بالاستئناف. ومع ذلك فيوجد هناك فارق أساسى بين هاتين الحالتين: ففى الاتفاق على نهائية الحكم بما يفيد التنازل عن حق الطعن فيه بالاستئناف يجب ألا يقيد صاحبه فى حالات النظام العام ، وبالتالى يكون له العدول عنه طالما أن ميعاد الطعن قائم[1].

من كل هذا الاستعراض نستطيع القول أن رضاء الخصوم أو اتفاقهم من الممكن أن يتدخل لكى يحدث سلسلة من الآثار تؤثر فى وصف الحكم الابتدائى فتحيله إلى حكم انتهائى لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف.

وقد يحكم بناء على ذلك بأن الاتفاق الوارد فى المادة ٢/٢١٩ مرافعات يخضع فى ثبوته وصحته وحجيته ونفاذه للقواعد العامة التى تحكم التصرفات القانونية المدنية طبقا لمبدأ سلطان الإرادة. وبالتالى يجوز الطعن فى هذا الاتفاق بأوجه الطعن الجائزة فى هذه التصرفات كالبطلان، أو القابلية للإبطال ومتى ثبتت صحة هذا الاتفاق فإنه يكون باتا لا يجوز الرجوع فيه أو العدول عنه ويلتزم به من يلتزم قانونا بالتصرف القانونى كالخلف العام أو الخاص [2].

ويقتصر هذا الاتفاق على اعتبار حكم أول درجة انتهائيا ، ومن ثم لا يمنع من الطعن عليه وفقا للمادة ٢٢١ مرافعات التى تجيز استئناف الحكم الانتهائى إذا كان باطلا أو مبنيا على إجراء باطل أو كان مخالفا

---

(١) عبد الباسط جميعى. نظام الطعن ، ص ٤٧.
- عبد الباسط جميعى، التعسف فى استعمال حق التقاضى .دروس على الآلة الكاتبة لطلبة الدكتوراه بحقوق المنصورة ١٩٨٠، ص ٢ وما بعدها.
- نقض مدنى ١٩٦٧/١٠/١٧ مجموعة النقض س ١٨ ص ١٥٢١.
- نقض مدنى ١٩٦١/٢/٢ مجموعة النقض س ١٢ ص ١٢٢.
- القاهرة الابتدائية ١٩٦٨/٤/٨ المحاماة س ٤٩ ص ١٤٤.

(٢) نقض ١٩٨٤/٣١٤/٢٧ طعن ١٧٢٥ س ٥٠ق.
- نقض ١٩٨٣/١٢/٢٧ طعن ١١٦٥ س ٥٠ق.

لقواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام وفقاً للتعديل الحاصل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢. ويجب على المحكمة تحرى اتفاق جميع الخصوم طبقاً للمادة ٢/٢١٩ مرافعات.

ومن جهة أخرى فلا يجوز الاتفاق على جواز رفع النزاع مباشرة إلى محكمة الاستئناف لأن ذلك يتضمن مخالفة لقواعد الاختصاص النوعى المتعلقة بالنظام العام.

والقواعد التى تحكم قبول الاستئناف تتعلق بالنظام العام فيجوز التمسك بها فى أية حالة كانت عليها الدعوى ويجوز للمحكمة إثارتها من تلقاء نفسها(١).

وحقيقة الأمر أن إرادة الخصوم تستطيع فى صور متعددة إحداث تغيير جوهرى فى وصف الحكم فى المعنى الذى ندرسه الآن. وأبلغ تعبير على ذلك ما تحدثه الإرادة من ترك الخصومة فى الاستئناف. فالمادة ٢٣٨ من قانون المرافعات- وكما سوف نرى من بعد- تنص على أنه : "تحكم المحكمة فى جميع الأحوال بقبول ترك الخصومة فى الاستئناف إذا نزل المستأنف عن حقه أو كان ميعاد الاستئناف قد انقضى وقت الترك".

فحسب هذا النص يجوز للمستأنف أن يترك استئنافه ولو كان المستأنف عليه قد رفع استئنافاً فرعياً ، بل ويترتب على الحكم بقبول ترك الاستئناف الأصلى سقوط الاستئناف الفرعى.

والمشرع لا يرى فى الواقع أية مصلحة للمستأنف عليه فى بقاء الاستئناف ولو كان فرعياً، فمن شأن الترك فى هذه الحالة استقرار الحكم الابتدائى الصادر لمصلحته واعتباره انتهائياً.

وهنا يمكن القول بأن ترك الاستئناف يعتبر فى نظر الشارع بمثابة قبول من جانب المستأنف للحكم الصادر عليه من محكمة الدرجة الأولى.

---

(١) نقض مدنى ١٩٨٦/٥/١٥ ط ١٠٦١ س ٥٢ق.

هذا الرضاء بالحكم فضلاً عن أنه يمنع التارك من إعادة استئنافه، فهو يمنعه أيضاً من الطعن فى الحكم بطرق الطعن غير العادية، ففى هذه الحالة لم يتم استنفاذ طرق الطعن العادية بصدده(١).

هنا أيضاً يتجلى بصورة واضحة دور إرادة الأطراف فى القيام بعمل يترتب عليه إحداث سلسلة من الآثار، تؤثر فى الحكم الابتدائى فتمنع الطعن فيه بالاستئناف.

بهذا ننتهى من هذا الطلب المكرس لدراسة الاتفاقات المانعة من الطعن فى الأحكام الابتدائية بالاستئناف، وننتقل الآن إلى دراسة النظام القانونى للطعن بالاستئناف فى الأوامر على عرائض وأوامر الأداء ونكرس لذلك المبحث الثانى من هذا الفصل.

المبحث الثانى

استئناف أوامر الأداء والأوامر على عرائض

٣٢- دراسة النظام القانونى للاستئناف بخصوص أوامر الأداء والأوامر على عرائض يهدف فى المقام الأول إلى إبراز طبيعة الطعن فى هذه الأعمال القضائية بالاستئناف، وسوف يتضح لنا بجلاء وجود فروق أساسية بين استخدام النظام القانونى للطعن بالاستئناف كأداة فنية للتظلم فى مثل هذه الأعمال ، واستخدام الاستئناف كأداة للطعن فى الأحكام القضائية بالمعنى الخاص للكلمة.

دراسة استئناف هذه الأوامر على انفراد تتيح لنا الفرصة من جهة أخرى إلى تضييق نطاق البحث بحيث لا يشمل إلا هذا الموضوع فقط مما قد يمكننا من استخلاص المبادئ العامة التى تسيطر على الطعن فى هذه الأوامر بالاستئناف.

---

(١) أبو الوفا . نظرية الدفوع، ص ٦٧٦.

ولا شك فى الفائدة النظرية والعملية لهذه الدراسة التى قد تمكنا من توضيح الغموض الذى يشوب هذه الحالة التى يستخدم فيها نظام قانونى هو الاستئناف، المخصص للتظلم من الأحكام، واستخدامه فى التظلم من أوامر قضائية لا تعتبر أحكاماً بالمعنى الفنى للكلمة.

ونقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: استئناف أوامر الأداء.

المطلب الثانى: استئناف الأوامر على عرائض.

المطلب الثالث: التمييز بين نظام التظلم من الأوامر ونظام الطعن بالاستئناف.

وننتقل الآن إلى المعالجة التفصيلية لهذه المواضيع .

المطلب الأول

استئناف أوامر الأداء

٣٣-نظام أوامر الأداء كشكل من أشكال المطالبة القضائية بشروطه الموضوعية، وأشكاله الإجرائية، وطبيعته الذاتية، لا يدخل فى نطاق هذه الدراسة، فدراستنا هنا تهتم بإبراز دور النظام القانونى للطعن بالاستئناف حين يستخدم كأداة فنية للتظلم من هذا الأمر. لهذا فإننا نحيل بصدد فكرة النظام المتكامل لأوامر الأداء إلى المراجع العامة فى هذا الموضوع سواء ما تناوله منها بطريقة شكلية وصفية، أو ما تناوله منها بطريقة تجمع بين التأصيل والتحليل[1].

---

(١) أمينة النمر. أوامر الأداء . ١٩٧٠ ، منشأة المعارف ، ص ٢٠ وما بعدها.
- عبد الحميد وشاحى ، أوامر الأداء ، ١٩٥٨ ، ص ١٥ وما بعدها.
- رمزى سيف ، نظام أوار الأداء فى التشريعات العربية،ط ١٩٦٩، ص ٢٠
- عبد المنعم حسنى . طرق الطعن فى الأحكام ج٢، ص ٨٣٧. =

من المعروف أن صورة المطالبة القضائية تتمثل فى الوضع العادى للأمور فى الالتجاء إلى القضاء بوسيلة الدعوى القضائية، ويتم استعمال هذه الدعوى عن طريق الطلبات والدفوع. ومن المعروف أيضا أنه يتولد عن استخدام الدعوى القضائية خصومة قضائية، والخصومة القضائية هى شكل من الأشكال الإجرائية للعمل القضائى، ويرى بعض الفقه الحديث فى مصر أنه من الصعب اعتبار هذه الخصومة عملا قانونيا مركبا نظرا لتنافر واختلاف مكوناتها[1]. كما أنه من الصعب اعتبارها مركزا قانونيا نظرا لأنها ، أى الخصومة تحتوى على العديد من المراكز القانونية المتضاربة[2]. وهى لا تعتبر حالة قانونية، فالحالة هى صفة يعتد بها القانون فى الشخص ويرتب عليها مجموعة من الآثار القانونية والخصومة ليست كذلك[3]. وأيا ما كانت الطبيعة التى توصف بها الخصومة، والتى سوف نعود إليها بالتفصيل حين ندرس خصومة الاستئناف فى الباب الثانى من هذا المؤلف، فإنه يهمنا القول بأن الدعوى القضائية التى تمارس عن طرق الطلب القضائى وما يتولد عنه من دفوع، ليست هى الشكل الوحيد للمطالبة القضائية. فإلى جانب الدعوى القضائية توجد أشكال أخرى للمطالبة القضائية. من هذه الأشكال توجد أوامر الأداء.

٣٤- والفكرة الأساسية فى نظام أوامر الأداء بإيجاز شديد هى أن المشرع قدر بالنسبة لبعض الديون أن تحقيقها لا يحتاج إلى مواجهة بين الطرفين، لأن المدين ليس لديه ما يعارض به إدعاء الدائن. ووجهة نظر المشرع فى هذا الشأن تعتمد على أن الدين المدعى به ثابت بالكتابة، فهذا الثبوت يغلب معه تحقق الدين. لهذا رأى المشرع عدم إخضاع الدعاوى المتعلقة بهذه الديون لإجراءات الخصومة العادية، عن طريق رفع الدعوى

- = كمال عبد العزيز ، المرجع السابق، ص ٣٩٣.

(١) وجدى راغب. النظرية العامة للعمل القضائى ، ص ٦٥٣.

(٢) وجدى راغب . المرجع السابق. ص ٦٥٤.

(٣)وجدى راغب . المرجع السابق. ص ٦٥٥.

العادية ، واكتفى بإجراء تحقيق جزئى على أساس السند المثبت للدين يتم دون إعلان المدعى عليه، وقد أخذ المشرع فى مصر بهذا النظام سنة١٩٤٩ ، ثم أدخل عليه بعد ذلك تعديلات متتالية سنة ١٩٥٣، وسنة ١٩٦٢ . وفى القانون الحالى الصادر سنة ١٩٦٨ توسع المشرع فى الأخذ بنظام أوامر الأداء. فجعل هذا النظام يشمل بالإضافة إلى الديون الثابتة بالكتابة ومحلها مبلغ نقدى، الديون الثابتة بالكتابة ومحلها تسليك منقولات معينة بنوعها[١].

ووضع المشرع لنظام أوامر الأداء، وهو كما سبق القول شكل من أشكال المطالبة القضائية ، مجموعة من الشروط الميسرة ، نحيل فى دراستها إلى المراجع العامة السابق لنا ذكرها.

والذى يهمنا معرفته هو أنه فى الأحوال التى تتوافر فيها شروط استصدار أمر الأداء فإن الشخص يكون ملزما باتباع طريق الأداء بحيث إذا لجأ إلى استعمال الدعوى القضائية، كانت دعواه غير مقبولة.

٣٥- وإذا ما تم رفع أمر الأداء فى الأحوال التى يجب على الخصم استعماله فيها. وإذا ما كانت الشروط الموضوعية والشروط الإجرائية قد قدر الخصم أنها متوافرة ، فإن قاضى الأداء المختص[٢]ينظر هذا الطلب. والقاضى فى نظره لهذا الطلب لا يتقيد بحضور المدعى أو المدعى عليه، وينظر القاضى طلب الأمر فى غير جلسة، كما لا يشترط حضور كاتب.

---

(١) فتحى والى ، ص ٦٨٤.
- أبو الوفا. التنفيذ، ص ٨٠
- نبيل عمر، التنفيذ ، ص ١٧٠.
- عبد الباسط جميعى، مبادئ المرافعات س ١٩٨٠، ص ٤٦٨.

(٢) تطبق قواعد الاختصاص النوعى والقيمى التى تطبق على الدعاوى العادية بصدد نظام أوامر الأداء. فإذا كان الطلب مما يدخل فى اختصاص المحكمة الابتدائية يقدم الأمر إلى رئيس الدائرة بهذه المحكمة . وليس إلى الدائرة بأكملها. أما إذا كان طلب الأمر مما يدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية فيقدم إلى قاضيها.

كما لا تتدخل النيابة العامة ولو تعلق الأمر بحالة من حالات وجوب أو جواز تدخلها.

وبالنظر للطبيعة الذاتية لأوامر الأداء، وأخذا في الاعتبار للحكمة من تقنينها فقد نص المشرع على العديد من القواعد الواجب مراعاتها بصدد ضرورة إصدار الأمر في ميعاد مختصر. وضرورة تسليم صورة من الصحيفة وعليها الأمر بسرعة لصاحب الحق.

ولما كان القاضي ينظر الدعوى دون مواجهة فقد حصر المشرع سلطاته بين أمرين لا ثالث لهما:

الأول: أما أن يصدر القاضي أمرا بالأداء يجيب الطالب فيه إلى كل مطلوبه.

الثاني: وإما يمتنع عن إصدار الأمر ويحدد جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة. وعلى القاضي بعد تحديد هذه الجلسة تكليف الدائن بإعلان خصمه إلى هذه الجلسة(1).

وإذا ما توافرت جميع الشروط الشكلية والموضوعية لاستصدار أمر الأداء. وإذا ما قدر قاضي الأداء أحقية الطالب في طلبه، وصدر بالفعل الأمر بالأداء مجيبا الطالب إلى كل طلباته، فعلى الطالب يقع الالتزام بإعلان المدين بالعريضة وعليها صورة أمر الأداء وذلك خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الأمر، وإذا لم يتم الإعلان في خلال هذا الميعاد صحيحا فإن العريضة والأمر الصادر عليها تعتبر كأن لم تكن، وهذا الجزاء يقع بقوة القانون . وهذا الجزاء لا يتعلق بالنظام العام(2).

فإذا ما انتهينا من هذا الاستعراض الموجز لفكرة أوامر الأداء

---

(1) فتحي والي ، ص ٦٩٦.
- رمزي سيف ، ص ٧٣٨
- وشاحي، ص ١١٤.

(2) وشاحي ، ص ١٢٦.

كشكل من أشكال المطالبة القضائية التى يلتزم الشخص بإتباعـــها إذا مـــا توافرت شروطها، نكون قد تهيأنا للانتقال إلى معالجة اســـتئناف أوامـــر الأداء.

٣٦- تنص المادة ٢٠٦ من قانون المرافعات على أنـــه: " يجـــوز للمدين التظلم من الأمر خلال عشرة أيام من تاريخ إعلانه إليه ويحصـــل التظلم أمام محكمة المواد الجزئية أو أمـــام المحكمـــة الابتدائيـــة حســـب الأحوال وتراعى فيه الأوضاع المقررة لصحيفة افتتاح الدعوى.

ويجب أن يكون التظلم مسببا وإلا كان باطلا.

ويبدأ ميعاد استئناف الأمر إن كان قابلا له من تاريخ فوات ميعـــاد التظلم منه أو من تاريخ اعتبار التظلم كأن لم يكن. ويســـقط الحـــق فـــى التظلم من الأمر إذا طعن فيه مباشرة بالاستئناف.

يتضح من نص المادة ٢٠٦ من قانون المرافعات المصرى أن هـــذه المادة تواجه الحالة التى يصدر فيها بالفعل الأمر بالأداء، وقد سبق القـــول أن هذا الأمر لن يصدر إلا إذا توافـــرت كافـــة الشـــروط الموضوعيـــة والشكلية التى نص عليها القانون، فهنا يكون لقـــاضى الأداء أن يصـــدر الأمر مجيب الطالب إلى كل مطلوبه.

إذا كان ذلك كذلك، فإن مفهوم المخالفة للمـــادة ٣٠٦ مـــن قـــانون المرافعات يجعلنا نقول بأنه فى الحالات التى يقدر فيها قـــاضى الأداء أن شروط استصدار الأمر غير متوافرة، سواء كانت مختلفة أو معيبة، فإنـــه لا يصدر أمراً بالرفض، أى رفض إصدار الأمر، وإنما يمتنع عن إصـــدار الأمر ويحدد جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة بخصومة عادية، ويصـــدر فيها حكم يخضع للقواعد العامة فى الطعن فى الأحكام القضائية[1].

ويرى البعض أنه لا يدخل فى سلطة القاضى المختص بإصدار

---

(١) وجدى راغب ، النظرية العامة للأعمال القضائية، ص ٦٥٧ .

أوامر الأداء، لا يدخل فى سلطته إصدار قرار" برفض" إصدار الأمر، وإنما الذى يدخل فى سلطته فقط هو الامتناع عن إصدار الأمر وتحديد جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة(١).

ويبرر هذا البعض وجهة نظره هذه ، بأن القاضى حين يمتنع عن إصدار الأمر ويحدد جلسة لنظر الدعوى حسب القواعد العامة، فإن هذا يعنى ضمنا إمتناعه عن إصدار الأمر، ومع هذا يرى هذا الفقه أن ذلك الذى يفعله القاضى لا يساوى قرارا بالرفض، ذلك أن رفض الأمر هو فصل فى الدعوى برفضها، أو هو قرار بعدم توافر ما يلزم لنظر الدعوى، والمشرع لم يشأ أن يخول القاضى هذه السلطة دون إعمال لمبدأ المجابهة(٢).

وبناء على ذلك يترتب هذا الفقه العديد من النتائج على وجهة النظر هذه. فالقرار الصادر من القاضى بتحديد جلسة لنظر الدعوى ليست له أية قيمة كقرار تقرير سلبى،كما لا يكون له حجية الأمر المقضى،ولا يقبل الطعن فيه بأى طريق(٣).

ومن جهة أخرى فقد ذهب البعض الآخر إلى القول بأنه يتعين على القاضى كلما امتنع عن إصدار الأمر، سواء رجع ذلك إلى عدم اختصاصه أو لعيب شكلى فى الإجراءات أو لسبب يتعلق بالموضوع، أن يحدد جلسة ، فإن لم يفعل كان قراره بالامتناع معيبا وأمكن التظلم منه بطريق التظلم من الأوامر على عرائض(٤). ومع هذا يرى هذا البعض أنه

---

(١) فتحى والى ، ص ٦٩٦.
- وشاحى ، ص ٨١.
- رمزى سيف ، ص ٧٣٨.
(٢) فتحى والى، ص ٦٩٧.
(٣) فتحى والى، ص ٦٩٧ .
(٤) وشاحى ، ص ٩٥.
- رمزى سيف، ص ٥٤٠.

يمكن الاستغناء عن التظلم فى هذه الحالة إذا تدارك القاضى هذا النقص، أو قام الدائن بتحديد جلسة يعلن بها خصمه[1].

وينتقد البعض الآخر، كما سوف نرى من بعد، هذا الرأى على أساس أن طلب أمر الأداء ليس طلب أمر على عريضة ، ولهذا فإن رفضه أو الامتناع عن إصداره لا يخضع لقواعد التظلم من الأوامر على عرائض[2].

ويرى بعض آخر من الفقه أن تحديد القاضى لجلسة ينظر فيها الدعوى التى لم تتوافر فيها شروط استصدار أمر الأداء يكون قاصرا فقط على الحالة التى يتخلف فيها أحد الشروط الموضوعية اللازمة لاستصدار أمر الأداء. أما فى حالة عدم توافر الشروط الشكلية الأخرى، فإن القاضى يقتصر حسب هذا الرأى على إصدار قرار بالرفض دون تحديد جلسة، ويعتبر هذا القرار أمر على عريضة يتظلم منه حسب نظام الأوامر على عرائض[3].

والواقع أن هذا الخلاف ينحصر فى مسألتين:

الأولى : هل يستطيع قاضى الأداء أن يصدر أمرا برفض إصدار أمر الأداء . وإذا كان له ذلك فهل يصدر هذا الأمر فى جميع الأحوال التى لا تتوافر فيها شروط استصدار الأمر، سواء ما تعلق منها بالإجراءات ، أو ما تعلق منها بالموضوع ؟ وهل هذا الأمر يجوز التظلم منه؟.

الثانية: هل القاضى ملزم فى جميع الأحوال التى يمتنع فيها عن إصدار الأمر بتحديد جلسة لنظر الدعوى بالطريق العادى لنظر الدعوى؟ وإذا لم يحدد هذه الجلسة هل يجوز التظلم من هذا الإغفال؟.

---

(١) كمال عبد العزيز ، ص ٣٩٠.

(٢) فتحى والى ، ص ٦٩٧ هامش ١.

(٣) فتحى عبد الصبور، أوامر الأداء، المجموعة الرسمية، س ٦١ ص ٥٤٢.

أسئلة هامة، مظهر أهميتها يرجع إلى أننا لو قلنا بجواز التظلم لأمكن الطعن بالاستئناف دائما فى الأحكام الصادرة فى هذا التظلم .

الفقه كما رأينا منقسم فى الإجابة على هذه الأسئلة .

البعض يرى أن قاضى الأداء ليس له أن يصدر أمرا بالرفض لأن هذا لا يدخل فى سلطته ، لأن أعمال مبدأ المجابهة يستلزم صدور أمر الرفض، وهو قضاء قطعى ، فى مواجهة الخصم الآخر، وبما أن مبدأ المواجهة غائب فى خصومة أمر الأداء، فلا يمكن اعتبار امتناع القاضى قرار سلبى بالرفض، وبالتالى لا يجوز الطعن فيه بأى طريق.

وذهب البعض الآخر إلى أن قاضى الأداء له إصدار قرار برفض الأمر، على خلاف، وذلك سواء تخلفت الشروط المطلوبة لإصدار الأمر دون تفرقة ، بينما ذهب البعض الآخر إلى قصر ذلك على الأحوال التى تتخلف فيها الشروط الموضوعية فقط اللازمة لصدور الأمر.

وهذا البعض يعتبر هذا القرار أمر على عريضة يخضع لنظام التظلم الخاص بهذه الأوامر. وبالتالى فالحكم الصادر فى هذا التظلم يكون له طبيعة الأحكام الوقتية المستعجلة ويجوز الطعن فيه بالاستئناف فى جميع الأحوال.

مسألة شائكة لا جدال فى هذا، وما هو الحل؟ الحل فى رأينا يرجع إلى ضرورة تحديد طبيعة أمر الأداء نفسه، هل يعد من طائفة الأوامر على عرائض. أم يعد من طائفة الأحكام القضائية؟ .

٣٧- ترجع أصل إجراءات استصدار أوامر الأداء فى القانون المقارن إلى العصور الوسطى . فقد استمدت إيطاليا من القانون الجرمانى فى العصور الوسطى النظام الذى يتيح للدائن أن يستصدر من القاضى دون إعلان المدين أمرا بدفع الدين. وبمقتضى هذا الأمر يتمكن الدائن من التنفيذ بمقتضى هذا الأمر على أموال المدين. وكان هذا الأمر يتضمن مكنة المعارضة فيه من جانب المدين خلال أجل معين. وإذا ما تم إعلان

هذا الأمر إلى المدين ولم يعارض فيه،فإنه يجوز الشـــروع فـــى التنفيـــذ بمقتضاه أما إذا عارض فيه المدين فإن الأمر يفقد فاعليتـــه فـــى التنفيـــذ بمقتضاه ويتحول إلى مجرد صحيفة دعوى تفتح المجال لخصومةعادية[١]

ويرى بعض الفقه الحديث فى مصر أنه إذا كان هناك ثمـــة تشـــابه بين هذه الإجراءات ، فى أصلها التاريخى ، وبين إجراءات الأوامر علـــى عرائض فى النظام الحالى، إلا أنها من حيث الوظيفة تتجه إلـــى تكويـــن عمل قضائى[٢]. وأمر الأداء تتوافر فيه كافة العناصر الموضوعية للعمـــل القضائى. ففيه تظهر إرادة قطعية بالزام المدين بأداء معيـــن. والخلاصـــة هى أن أمر الأداء عبارة عن عمل قضائى ذى شكل استثنائى ، وبناء على ذلك فإنه فيما لم يرد فيه نص خاص تتبع بالنسبة للشكل الإجرائى قواعـــد الأوامر على عرائض. وفيما عدا ذلك يجب اتباع قواعد العمل القضائى[٣]

ويرى البعض الآخر من الفقه أن أمر الأداء بعد صـــدوره يعتـــبر بمثابة حكم قضائى، وتكون له أثار الحكم القضائى من حيث الحجية، ومن حيث قابليته للتنفيذ الجبرى[٤].

بعد هذا الاستعراض الموجز، لطبيعة أمر الأداء، فإننا نعـــود إلـــى النقطة التى سبق لنا التساؤل عن الحل الذى يجب أن يعطى لها، والخاصة بما إذا كان للقاضى أن يصدر أمرا برفض إصدار أمـــر الأداء، ومـــا إذا كان يجوز الطعن فى قراره برفض هذا الأمر سواء حدد أو لم يحدد جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة المختصة.

---

(١) وجدى راغب، الرسالة، ص ٦٥٧ ، هامش ١.
(٢) وجدى راغب ، ص ٦٥٨ .
(٣) وجدى راغب، ص ٦٥٩.
- كمال عبد العزيز، ص ٣٨٤ .
- فى هذا المعنى . أبو الوفا، الأحكام ، ص ٤٦.
(٤) أبو الوفا، الأحكام ، ص ٤٦.
- وجدى راغب، الرسالة ، ص ٦٥٩ .

إذا كان جمهور الفقه(١)متفق على أن إجراءات أوامر الأداء تتشابه ولا تتفق مع إجراءات الأوامر على عرائض في جوهرها، وبالتالي ففيما لم يرد به نص خاص بصدد أوامر الأداء، فإن قواعد الأوامر على عرائض هي التي تنطبق بما لا يتعارض مع طبيعة أوامر الأداء. وبناء على ذلك فليس هناك ما يمنع من إمكانية التظلم من قرار قاضي الأداء بالامتناع عن إصدار الأمر.

فالواقع أنه لا يوجد ثمة فارق بين الامتناع وبين رفض إصدار الأمر. فكلاهما قضاء في مسألة مطروحة على القاضي، وبما أن النصوص الإجرائية الخاصة بأمر الأداء لا تنظم سبيل للتظلم من هذا الأمر، فهنا يجب إعمال القواعد العامة في الأوامر على عرائض . ولا شك أن الحكم الصادر في هذا التظلم يجوز الطعن فيه بالاستئناف كما هي القاعدة في نظام الأوامر على عرائض.

٣٨- فإذا ما تمت لنا تصفية هذه المشاكل، وإذا ما عدنا إلى الموضوع الخاص باستئناف أوامر الأداء. فإننا يجب أن نعيد الذكر بأن المادة ٢٠٦ من قانون المرافعات المصري تنظم وسائل الطعن والتظلم من أمر الأداء بعد صدوره، ويهمنا الآن دراسة هاتين الطريقتين من طرق الطعن في الأمر بالأداء.

أولا: التظلم من أمر الأداء .

الذي له الحق في التظلم من أمر الأداء هو من صدر عليه الأمر فقط. أما طالب الأمر، فقد صدر أمر الأداء مجيبا كل طلباته وبالتالي تنتفي مصلحته تماما في التظلم من هذا الأمر.

---

(١) عبد الباسط جميعي، المرافعات، ط ١٩٨٠ ، ص ٤٨٠.
- وجدي راغب، ص ٦٥٨.
- أبو الوفا، ص ٤٦.
- فتحي والي، ص ٦٩٧.

والمدين إذ يتظلم من أمر الأداء، فذلك نظرا لصدور هذا الأمر دون مواجهة أى فى غياب المدين الصادر ضده الأمر. وبالتالى فلهذا المدين أن يتظلم من الأمر فى جميع الأحوال وبصرف النظر عن قيمة الحق الصادر به الأمر أو نوعه، فالتظلم هنا مقرر لمصلحة المدين فى جميع الأحوال وبصرف النظر عن القاضى الذى أصدر الأمر[1].

والتظلم هنا هو مجرد حق للصادر عليه الأمر له أن يستعمله أو لا يستعمله . فإذا قام المدين مختارا بعد صدور الأمر عليه بوفاء دينه المقضى به، فإن هذا الوفاء يتنافى مع حق الطعن، ويترتب عليه سقوط هذا الحق، باعتبار أن الوفاء الاختيارى يعد قبولا للأمر مانعا من الطعن فيه عملا بالقواعد العامة[2].

وإذا كان المدين الصادر ضده الأمر هو وحده الذى له الحق فى التظلم من الأمر. فإن للدائن طالب الأمر. قبل صدوره ، وفى مرحلة الإجراءات ، لهذا الدائن إذا أصدر القاضى قرارا برفض استصدار الأمر بالأداء أن يتظلم من أمر الرفض إلى المحكمة المختصة عملا بنص المادة ١٩٧ مرافعات. وذلك على أساس أن المشرع لم ينص على طريق خلص لتظلم الطالب إذا ما رفض طلبه[3]. وتظلم الصادر عليه الأمر يعتبر هنا طريق طعن عادى بالنسبة لأوامر الأداء، وعلى ذلك فلم ينص المشرع على أسباب خاصة لهذا التظلم[4]. ويرفع التظلم إلى المحكمة الجزئية، أو المحكمة الابتدائية التى أصدر قاضيها الأمر وهذا الاختصاص متعلق بالنظام العام ويعمل بالمادة ١١٠ مرافعات فى هذا الصدد.

وفى الأحوال التى يصدر فيها القاضى الجزئى أمرا بالأداء بمبلغ يزيد عن نصابه القيمى ، على سبيل الخطأ فى قواعد التقدير القيمى

---

(١) فتحى والى ، ص ٦٩٨ – عبد المنعم حسنى ، ص ٨٧٢.

(٢) عبد المنعم حسنى، ص ١٧٤.

(٣) أمينة النمر، ص ١٨٨.

(٤) فتحى والى، ص ٦٩٩.

للاختصاص ، وبالمثل فى الأحوال التى يصدر فيها رئيس الدائرة بالمحكمة الابتدائية أمرا بالأداء بمبلغ يقل عن نصاب اختصاصه القيمى.

ففى مثل هذه الأحوال يرى البعض أن التظلم يرفع إلى المحكمة التى يتبعها القاضى الآمر بصرف النظر عن قيمة الحق الصادر به الآمر[1].

وذهب البعض الأخر إلى أن التظلم يرفع إلى المحكمة المختصة قيميا. وأساس ذلك هو أن التظلم هنا يعتبر منازعة قضائية فى موضوع ذا قيمة معينة وبالتالى يجب رفعه إلى المحكمة المختصة قيميا.

وبناء على ذلك فيتم التظلم أمام القاضى الجزئى فى الأمر الصادر من رئيس الدائرة بالمحكمة الابتدائية والصادر فى منازعة أقل من ١٠٠٠٠جنيه والعكس بالعكس بالنسبة للأمر الصادر من القاضى الجزئى[2].

وأساس هذا الرأى راجع إلى أن الدائن هو الذى يأخذ زمام المبادرة فى غيبة المدين، فلا ذنب لهذا الأخير إذا رفع الأمر إلى محكمة غير مختصة، وأيضا لم يكن فى وسع المتظلم أن ينبه المحكمة إلى هذا الخطأ فى تقدير قيمة الدعوى .

والواقع أننا نؤيد الرأى الذى يرى أن التظلم من أوامر الأداء هو أمر متعلق بالنظام العام[3]. ومما لا يجوز أن يقع التظلم من الأمر الصادر من القاضى الابتدائى إلى المحكمة الجزئية . فالرأى الذى ننتقده يقودنا إلى

---

(١) عبد المنعم حسنى ، ص ٨٧٥.
- امينة النمر، ص ٢٣٢.
- فتحي والى، ص ٦٩٨.

(٢) عبد الباسط جميعى، نظام التنفيذ، ص٢٨٣ .

(٣) حلوان الجزئية ١٩٥٧/٩/٨ المحاماة س ٣٨ ص ١١٤١.

هذا المنطق الشاذ[1]. ومن جهة أخرى فإذا رفع التظلم إلى المحكمة المختصة التي يحددها القانون ، فإنه يجوز التمسك أمامها بعدم اختصاص القاضي الآمر للتوصل إلى إلغاء الأمر[2].

والتظلم يجب أن يرفع في خلال عشرة أيام من تاريخ إعلان الصادر ضده الأمر به . وإلا سقط الحق فيه. ويسقط الحق في التظلم أيضا إذا رفع المدين استئنافا عن الأمر مباشرة كما سوف نرى من بعد، وإذا غاب المتظلم في أول جلسة محددة لنظر التظلم يترتب على هذا أن المحكمة تلتزم وجوبا بأن تحكم باعتبار التظلم كأن لم يكن ولو من تلقاء نفسها[3]. وينتج عن هذا زوال التظلم- كإجراء- وبقاء الأمر بالأداء. وبدء ميعاد استئنافه إذا كان يقبله.

٣٩- ولمحكمة التظلم السلطة الكاملة في نظر موضوع الدعوى وهي تستطيع أن تؤيد الأمر فيما قضى به من إلزام ، هذا التأييد قد يكون كليا أو جزئيا ، كما أن لها أن تلغي الأمر. وهي إذ ألغت الأمر سواء لسبب متعلق بأصل الحق أو بالإجراءات، فإنها لا تقتصر على الإلغاء بل تصدر حكما في الموضوع[4]. وهذا يفترض أن تكون المحكمة مختصة بنظر الدعوى الموضوعية ، وأن يكون التظلم قد رفع بالإجراءات الصحيحة . فإن لم يتوافر هذا أو ذاك قضت المحكمة بعدم اختصاصها أو ببطلان رفع التظلم، ولا تتعرض للموضوع[5] .

---

(١) عبد الباسط جيمعي ، المرجع السابق، ص ٢٨٤.

(٢) عبد المنعم حسني، ص ٨٧٦ ، وهنا تلغي المحكمة الأمر ولا تحيل الدعوى إلى القاضي المختص.

(٣) فتحي والي . ص ٦٩٩ .

(٤) فتحي والي . ص ٧٠١

(٥) فتحي والي. ص ٧٠١، هامش ٢.

ومن ناقلة القول أن نذكر هنا أن لمحكمة التظلم الفصل فى الدفوع التى تبدى أمامها[1]. كما تختص محكمة التظلم بالفصل فى جميع الطلبات التى يبديها المتظلم، سواء كانت أصلية أو عارضة، وتختص هذه المحكمة أيضاً بالطلبات العارضة التى قد يبديها الصادر لصالحه الأمر.

وبما أن التظلم تتولد عنه خصومة يعمل فى شأنه مبدأ المواجهة بين الخصوم. فإن إبداء هذه الطلبات لأول مرة أمام محكمة التظلم لا يعتبر تفويت لدرجة من درجات التقاضى، حيث أن محكمة التظلم هذه هى أول محكمة يعرض عليها النزاع فى مواجهة الخصمين معاً ولأول مرة[2].

والنظام القانونى للتدخل والاختصام يعمل به أمام محكمة التظلم، وتطبق ذات الأحكام التى يعمل بها أمام محاكم أول درجة فى هذا الموضوع، ويجوز أن يرفع أمام محكمة التظلم ، باعتبارها محكمة الموضوع ، أى طلب مستعجل على سبيل التتبع للمنازعة الموضوعية التى نشأت عن طريق التظلم من الأمر. كما يجوز للمحكمة المرفوع إليها التظلم أن تأمر، بناء على طلب ذوى الشأن، بوقف النفاذ المعجل، وذلك إذا كان قاضى الأداء قد شمل الأمر بالنفاذ المعجل، وذلك وفقاً لنص المادة ٢٩٢ من قانون المرافعات.

وفى نفس السياق ، وكما تنص على ذلك المادة ٢٩١ من قانون المرافعات يجوز للمدين فقط أن يتظلم من وصف أمر الأداء، أى يتظلم من أن الأمر قد وصف بأنه انتهائى، أو مشمول بالنفاذ المعجل، أو بالكفالة وذلك فى غير الأحوال المنصوص عليها فى القانون، ويكون هذا التظلم الوصفى من اختصاص المحكمة التى تنظر التظلم من أمر الأداء[3]

أما الصادر لصالحه الأمر، فإن أراد التظلم من وصف الحكم ، فإن

---

(١) دمنهور الابتدائية ١٩٥٣/١٢/١ المحاماة س ٣٦ ص ٩١٤.

(٢) عبد المنعم حسنى، ص ٨٨١.

(٣) عبد الباسط جميعى ، نظام التنفيذ، ص ٣٠٥.

له أن يرفع طعناً بالاستئناف أمام المحكمة الاستئنافية المختصة ، ويتظلم من وصف الأمر حسب نص المادة ٢٩١ مرافعات[١]. وقد سبق القول أن الصادر لصالحه الأمر لا تتوافر لديه المصلحة اللازمة لرفع هذا التظلم.

من كل هذا الاستطراد، يتضح لنا أن نظام التظلم من أوامر الأداء، هو نظام وضع لصالح الصادر عليه الأمر فقط، وان محكمة التظلم تعمل كما لو كانت محكمة أول درجة، ورغم ذلك فقد رأينا من العرض السابق أنها تعتبر فى بعض نواحى محكمة درجة ثانية بالنسبة لنظر النزاع، ورأينا اختصاصاتها الواسعة، ولا شك أن الحكم الصادر منها يعتبر حكماً فى موضوع النزاع، فمحكمة التظلم بصدد الأوامر على عرائض يقتصر دورها على مجرد تأييد الأمر، أو تعديله، أو إلغائه حسب ما تنص عليه المادة ١٩٩ مرافعات.

أما بصدد أوامر الأداء، فإن التظلم منها يخول محكمة التظلم سلطة إعادة الفصل فى النزاع بأكمله.

والواقع أن هذا التظلم الذى نظمه المشرع بصدد أوامر الأداء ، هو طريق طعن بديل للطعن على هذه الأوامر بطريق المعارضة، وفى هذا المعنى تقول محكمة النقض المصرية : " أنه إذا كان يترتب علي المعارضة فى الحكم الغيابى طرح النزاع على المحكمة التى أصدرت الحكم ، والقضاء فى موضوعها من جديد ما لم تكن صحيفة افتتاح الدعوى نفسها باطلة، فإنه يكون من شأن المعارضة فى أمر الأداء إعادة طرح النزاع على المحكمة لتقضى فى موضوعه ما لم تكن إجراءات الطلب، وهو بديل ورقة التكليف بالحضور باطلة[٢].

ومن هنا يظهر الفارق بين التظلم من الأمر الصادر على عريضة ، والأمر الصادر بالأداء.

---

(١) نبيل عمر، التنفيذ القضائى، ص ٣٠٠.

(٢) نقض مدنى ١٩٦٤/٧/٧ مجموعة النقض س ١٥ ص ٩٦٣.

والحكم الصادر فى هذا التظلم يخضع للقواعد العامة فى الأحكام القضائية وطرق الطعن فيها بالاستئناف، ويختص قاضى التنفيذ بنظر إشكالاته[1].

٤٠- ثانيا: استئناف أوامر الأداء:

سبق القول أن أمر الأداء يصدر مجيبا طالبا الأمر إلى كل مطلوبه وبالتالى تنعدم مصلحته فى الطعن على الأمر بالتظلم، أو بالاستئناف، وسبق القول أيضا أن المشرع أجاز للمدين الصادر عليه الأمر أن يتظلم منه خلال ميعاد محدد، أيا كانت قيمة الطلب الصادر فيه الأمر، كما أجاز المشرع للمدين أيضا أن يطعن فى الأمر مباشرة بالاستئناف . فإذا رفع الصادر عليه الأمر استئنافا مباشرة ضد الأمر الصادر عليه، حتى فى خلال ميعاد التظلم ، فإن حقه فى التظلم يسقط ، ويجوز الاستئناف هنا، بالنص الصريح(م ٢٠٦).

وميعاد الاستئناف يبدأ من تاريخ فوات ميعاد التظلم، أو من تاريخ الحكم باعتبار التظلم كأن لم يكن. وبرفع الاستئناف إلى المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية أو إلى محكمة الاستئناف بحسب القاضى الذى أصدر الأمر، كل هذا على خلاف التظلم من الأمر. ويخضع استئناف أمر الأداء للقواعد العامة فى استئناف الأحكام القضائية. وتخضع سلطات محكمة الاستئناف فى نظر الموضوع للقواعد العامة فى استئناف الأحكام أيضا، بمعنى أنه بمقتضى الأثر الناقل للطعن فى أمر الأداء بالاستئناف، فإنه يكون للمحكمة الاستئنافية أن تتناول الموضوع أو لا تتناوله ،بحسب ما إذا كان قاضى الأداء قد استنفذ ولايته بصدد هذا الموضوع أو لم يستنفذها.

ومعنى ذلك بطريقة أخرى هو أن الطعن بالاستئناف فى أمر الأداء

---

(١) عزمى عبد الفتاح، نظام قاضى التنفيذ ، رسالة عين شمس ،ص ٢٠٠ وما بعدها.
- ويرى البعض أن وصف هذا الطريق من طرق التظلم فى أوامر الأداء لا يخفى أنه فى الواقع معارضة فى حكم غيابى صدر فى غيبة المحكوم عليه.
- عبد الباسط جميعى، قواعد المرافعات ، ص ٤٨٣.

ينقل إلى الهيئة الاستئنافية الدعوى بحالتها التى كانت عليها قبل صدور الأمر بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط. كما يجب على المحكمة أن تنظر الاستئناف على أساس ما يقدم لها من أدلة ودفوع وأوجه دفاع جديدة، وما كان قد قدم من ذلك إلى محكمة الدرجة الأولى، وتختص المحكمة الاستئنافية بنظر الطلبات المستعجلة التى ترفع إليها على سبيل التبع للنزاع الموضوعى المطروح أمامها(١).

وتقضى القواعد العامة فى الاستئناف بأنه إذا ألغت محكمة الاستئناف الأمر بالأداء لأسباب موضوعية فإنه يكون لها أن تنظر الموضوع وتفصل فيه بحكم انتهائى. هذا الحكم يقبل أو لا يقبل الطعن فيه بالنقض إذا توافر سبب من أسباب الطعن بالنقض(٢). وهذا الحكم الصادر من محكمة الاستئناف يقبل أو لا يقبل الطعن فيه بالالتماس حسب القواعد العامة.

ومن قضاء محكمة النقض فى هذا الصدد:" أنه إذا استنفذت محكمة أول درجة ولايتها بالحكم فى موضوع الدعوى، ورأت محكمة الاستئناف أن الحكم المستأنف باطل لعيب شابه لا يمتد لصحيفة افتتاح الدعوى.. فإنه يتعين على المحكمة الاستئنافية ألا تقف عند حد تقرير البطلان والقضاء به، بل يجب عليها أن تمضى فى الفصل فى موضوع الدعوى بحكم جديد تراعى فيه الإجراء الصحيح الواجب الاتباع(٣).

أما إذا كان إلغاء المحكمة الاستئنافية لأمر الأداء مرجعه تخلف أحد

---

(١) عبد المنعم حسنى، ص ٨٩٠.
- فتحى والى ، ص ٧٠١.
- عبد الباسط جميعى، نظام التنفيذ، ص ٣٤٠.
- أبو الوفا. الأحكام ، ص ٤٧.

(٢) نبيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض فى المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى سنة ١٩٨٠، منشأة المعارف ، ص ٤٠٠ وما بعدها.

(٣) نقض مدنى ١٩٥٣/٣/٢٦ مجموعة النقض س ٤ ص ٧٧٠.

الشروط الشكلية الواجبة، كعدم سبق القيام بالتكليف بالوفاء، فإن قاضى الأداء لا يكون قد استنفذ ولايته فى الموضوع، وبالتالى تقتصر محكمة الاستئناف على مجرد إلغاء الأمر، دون إعادة النظر فى الموضوع(١).

ومن جهة أخرى ، فإذا صدر أمر الأداء فى حدود النصاب الانتهائى، فهو مع ذلك يقبل الطعن فيه استثناء بمقتضى المادة ٢٢١، والمادة ٢٢٢، وذلك إذا وقع بطلان فى الأمر، أو بطلان فى الإجراءات أثر فيه، أو كان الأمر قد صدر على خلاف حكم سابق لم يحز قوة الأمر المقضى(٢).

وإلى جانب التظلم من أمر الأداء، واستئناف هذا الأمر وكلاهما رخصة للمدين فقط، فإنه يجوز الطعن بالتماس إعادة النظر فى الأمر. ويكون ذلك فى الأحوال التى يصدر فيها هذا الأمر فى حدود النصاب الانتهائى لقاضى الأداء، وتوافرت حالة من حالات الطعن بالالتماس المنصوص عليها فى المادة ٢٤١ من قانون المرافعات.

والواقع أن التماس إعادة النظر قد يكون ذو فائدة بالنسبة للمدين وذلك فى الحالات التى ينقضى فيها ميعاد التظلم، ولا يمكن ولوج طريق الاستئناف لأى سبب، ومع ذلك يتكشف السبب المبرر للطعن بالالتماس، هنا يجوز الطعن فى أمر الأداء بهذا الطريق(٣). بل أكثر من هذا فإنه يجوز الطعن فى أمر الأداء بالنقض مباشرة ومن جانب المدين فقط وذلك إذا صدر هذا الأمر نهائيا وفاصلا فى نزاع على خلاف حكم قضائى سابق حائز لقوة الأمر المقضى وذلك وفقا للمادة ٢٤٩ من قانون المرافعات(٤)

وكل هذا طبيعى نظرا لأن أمر الأداء هو قضاء قطعى ملزم له

---

(١) فتحى عبد الصبور، أوامر الأداء، مقال، المحاماة س ٤٤ ص ٢٥٩.

(٢) فتحى والى ، ص ٧٠١ هامش ٢.

(٣) فتحى والى ، ص ٦٩٨ هامش ٧.

(٤) فتحى والى ، ص ٦٩٨ هامش ٧.

جميع خصائص العمل القضائى كالأحكام تماما وبالتالى يخضع لما تخضع له الأحكام من طرق الطعن فيها[1].

وأخيرا يلاحظ أنه إذا كان المدين الصادر عليه الأمر هو وحده صاحب الحق فى التظلم من أمر الأداء، وفى استئناف هذا الأمر، وفى مباشرة طرق الطعن بالالتماس والنقض فى الحالات التى سبق لنا ذكرها، فإن الحكم الصادر فى التظلم يجوز الطعن فيه بالاستئناف حسب القواعد العامة. وجواز هذا الطعن يكون رخصة - هنا- لكل من الدائن والمدين، وكذا فى سائر الأحكام الصادرة بصدد الطعن فى الأمر، كما فى النقض، والالتماس والاستئناف، ففى هذه الأحوال ، وبصدور الحكم فى محكمة الطعن، يكون لجميع الخصوم الذين تتوافر لهم المصلحة فى هذا الطعن فى مباشرته أمام المحكمة المختصة[2].

ويلاحظ أن ما سبق لنا دراسته فى مبحث الرضاء بالحكم أو الأمر أو قبوله ممن له الحق فى الطعن فيه، يؤثر فى هذا المجال فى المعنى الذى يؤدى إلى سقوط الحق فى الطعن[3].

المطلب الثانى

استئناف الأوامر الصادرة على عرائض

٤١- الأمر على عريضة يعتبر الصورة العادية والشائعة فى العمل للأحوال التى يمارس فيها القاضى سلطته الولائية[4].

---

(١) وجدى راغب، ص ٦٥٩ . عكس هذا - أبو الوفا، الأحكام ، ص ٤٧ .
- كمال عبد العزيز ، ص ٣٨٤.

(٢) عب الباسط جميعى، مبادئ المرافعات س ١٩٧٨ ، ص ٤٧٧.

(٣) أبو الوفا . نظام أوامر الأداء ، المحاماة س ٣٨ ص ١٠٠٢ . .
- عبد المنعم حسنى ، ص ٨٨٦ .

(٤) إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائى الخاص، ص ٨٥ وما بعدها.=

ونحاول الآن إعطاء فكرة موجزة عن سلطة القاضى الولائية ، التى تعتبر الأوامر على عرائض هى الصورة الغالبة التى تمارس من خلالـها هذه السلطة .

كان العمل الولائى يعرف فى القرن الماضى على أنه النشاط الـذى يباشره القضاه دون وجود نزاع أو خصوم ، وإنما فى مواجهة شخص أو أشخاص متفقين فيما بينهم. وكان يغلب على هذا التعريف فكـرة انتفـاء النزاع. وكان ذلك مستمدا من القانون الرومانى حيـث كـانت تسـتخدم دعاوى القانون القديم Legis actio كوسيلة رسمية لنقل الحقول العينيـة أو الإعتاق أو التبنى أمام البريتور.

وسادت فكرة تخلف أو غياب النزاع كمعيار مميز للعمل الولائـى، على أساس أنها فكرة خارجية عن تركيب العمل الولائى نفسه، والأفضـل النظر إلى غايته القانونية لتحديد طبيعته على ضوء هذه الغاية[١].

ويرى بعض الفقه الحديث فى مصر، أخذا عـن الفقـه الإيطـالى والألمانى أن القضاء الولائى يهدف إلى حل مشكلة قصور النشاط الأصيل للأفراد عن تحقيق فاعليته التلقائية ، وبمعنى آخر يرى بعض آخر مـن الفقه أن الأعمال الولائية على تعددها واختلافها يجمعها عنصر مشـترك. هذا العنصر هو وجوب تدخل القضاء رغم عدم وجود نزاع لحل أزمـة

= - فتحى والى. المرجع السابق ، ص ٦٨٠ وما بعدها.
- أبو الوفا. الأحكام ص ٤٨ وما بعدها.
- أبو الوفا . التعليق ج١ ص ٥٩٥ وما بعدها.
- كمال عبد العزيز . ص ٣٧٧ وما بعدها، وص ١١٥ وما بعدها.
- وجدى راغب، النظرية العامة للعمل القضائى، ص ٤٣٦ وما بعدها.
- عبد الباسط جميعى ، ص ٤٧٦ وما بعدها.
- عبد الباسط جميعى، سلطة القـاضى الولائيـة ، مجلـة العلـوم القانونيـة والاقتصادية ١٩٦٧، ص ٥٦١.

(١) راجع فى كل هذا وجدى راغب، الرسالة، ص ١١٨.

عدم الفعالية القانونية لإرادة الأطراف. فالقاضى يتدخل ليحل بعمل إرادى محل إرادة الأفراد وليكملها . وهذه الإرادة الفردية لا تصلـــح بمفردهـــا لترتيب الآثار القانونية التى يرغب الأطراف فى الوصول إليها[1].

والعمل الولائى لا يفترض وجود خصمين ، ولذا فـــإن إجـــراءات استصدار الأمر على عريضة، بصفته الصورة الشهيرة لأعمال الســـلطة الولائية، لا تخضع لمبدأ المواجهة،فالأمر يصدر دون تكليف المدعى عليه بالحضور.

والواقع أن انعدام المواجهة يحقق الهدف من صدور الأمر.

والأوامر على عرائض قد وردت فى قانون المرافعات فى المـــادة ١٩٤ وما بعدها. وهذه الأوامر تعبر واردة فى هذه النصوص على ســبيل المثال وليس على سبيل الحصر[2].

وشرح نظام استصدار الأمر على عريضة، والاختصـــاص بذلـــك يخرج فى الواقع من نطاق بحثنا، الذى يقتصر على دراسة الاستئناف فى نطاق الأوامر على عرائض.

والاستئناف فى نطاق الأوامر على عرائض يقتضى منا أن نـــدرس أولا فكرة التظلم من هذه الأوامر، ثم ندرس بعد هذا فكرة الاستئناف فـــى نطاق نظام الأوامر على عرائض.

٤٢- أولا: التظلم من الأمر الصادر على عريضة:

إذا رفض القاضى إصدار الأمر على عريضة، سواء كـــان هـــذا الرفض كليا أو جزئيا ، كان للطالب أن يتظلم من هذا القرار أمام المحكمة التى يتبعها هذا القاضى. وإذا صدر الأمر المطلوب فإن التظلم يكون مـــن حق الصادر عليه الأمر فقط. ويتم التظلم أما أمام القاضى الذى أصـــــدر

(١) إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٨٩.

(٢) فتحى والى. ص ٦٨٠ ، عكس هذا أبو الوفا، التنفيذ ، ص ١٢٦، ١٢٧ وكمـــال عبد العزيز ، ص ٣٣٧.

الأمر لأنه حينما أصدره لم يكن قد استمع إلى التظلم، وللصادر عليه الأمر أيضا أن يتظلم أمام المحكمة التى يتبعها القاضى الآمر، ويلاحظ أن رفع التظلم إلى القاضى أو إلى المحكمة يسقط حق من صدر عليه الأمر فى التظلم إلى الأخر.

وفضلا عن التظلم بصفة أصلية من جانب الصادر عليه الأمر إلى القاضى مصدر الأمر أو إلى المحكمة التى يتبعها هذا القاضى ، فإن للصادر عليه الأمر أن يتظلم إلى المحكمة التى ترفع أمامها الدعوى الأصلية التى صدر الأمر متعلقا بها، ويعتبر هذا التظلم طلب فرعي تبعا للدعوى الأصلية ، ويشترط فى هذه الحالة أن يقدم قبل قفل باب المرافعة فى هذه الدعوى[1].

٤٣- والتظلم يرفع بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، وبه تبدأ خصومة جديدة . هذه الخصومة تتعلق بدعوى وقتية ، لأن المطلوب الأساس فيها هو إعادة النظر فيما صدر من القاضى الآمر مما طلبه الخصم.

ولما كان ما صدر من القاضى الآمر هو مجرد أمر وقتى، فإن الأثر الناقل للتظلم يقتصر على إعادة طرح هذا الأمر الوقتى على محكمة التظلم لكى تعيد الفصل فيه، ويكون لها ذات السلطات التى كانت للقاضى الآمر، وبالتالى فللمحكمة أو القاضى الذى ينظر هذا التظلم أن يقضى إما بتأييد الأمر أو بتعديله أو بإلغائه.

٤٤- ثانيا: والحكم الصادر فى التظلم يقبل الطعن فيه بالاستئناف ويجوز هذا الطعن من صاحب المصلحة أيا كان مركزه فى خصومة التظلم.

والاستئناف أما أن يكون أمام المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية وذلك إذا كان الحكم فى التظلم صادرا من القاضى الجزئى،أى من

---

(١) فتحى والى، ص ٦٨٢.

المحكمة الجزئية التابع لها القاضى الآمر.

وقد يرفع الاستئناف إلى المحكمة الاستئنافية وذلك إذا صدر الحكم فى التظلم من المحكمة الابتدائية التابع لها القاضى الآمر[1].

وقابلية الحكم الصادر فى التظلم للاستئناف لا يرتبط بقيمة الدعوى الموضوعية التى يتعلق بها الأمر،أو بنوعها. فهذا الحكم يقبل الاستئناف فى جميع الأحوال.

ويمكن القول إذا أن الأمر على عريضة يقبل التظلم فيه فى جميع الأحوال وبصرف النظر عن قيمة الدعوى،وكذا فالحكم الصادر فى التظلم يقبل الطعن فيه بالاستئناف فى جميع الأحوال وبصرف النظر عن قيمة الدعوى.

والطعن فى الحكم الصادر فى التظلم بالاستئناف من الممكن أن يكون فور صدور هذا الحكم،أى أن هذا الطعن من الممكن أن يكون مباشرا عملا بالمادة٢١٢من قانون المرافعات،باعتباره حكما وقتيا يقبل الطعن المباشر[2].

ويلاحظ، وعلى خلاف أمر الأداء ، أن الأمر على عريضة لا يجوز الطعن فيه مباشرة بالاستئناف، وقد سبق لنا القول أن جواز الطعن فى أمر الأداء مباشرة بالاستئناف، دون سبق التظلم منه، لهو أمر خاص بأوامر الأداء، وقد أجازه المشرع بالنص الصريح وسبق لنا تبرير ذلك.

---

(١) فتحي والى ، ص ٦٨٣ .
- كمال عبد العزيز ، ص ٣٧٧.
- الإسكندرية الابتدائية ١٩٥٠/١٠/١ القضية رقم ١٠٣٥ سنة ١٩٥٠.
- استئناف مصر ١٩٥١/٣/٢٦ المحاماة س ٣٢ ص ١٤٤٢.
- نقض مدنى ١٩٥٤/٢/١١ س ٥ ص ٥٢٢.
- نقض مدنى ١٩٥٦/١٢/٦ مجموعة النقض س ٧ ص ٩٥٧.

(٢) أبو الوفا ، الأحكام، ص ٥٦.

أما بالنسبة للأوامر على عرائض فإنها إذا رفع عنها استئناف مباشر، دون أن يسبقه تظلم، ودون أن يصدر فى هذا التظلم حكم قضائى، فإن مثل هذا الاستئناف يكون غير مقبول(١).

وبانتهاء هذا العرض للاستئناف الحاصل من الأوامر القضائية، فإننا ننتقل إلى دراسة مسألة التمييز بين نظام التظلم من الأوامر القضائية ونظام الاستئناف، وهذا ما نكرس له المطلب التالى.

المطلب الثالث

التمييز بين نظام التظلم من الأوامر والطعن بالاستئناف

٤٥- مسألة التمييز بين نظام التظلم من الأوامر القضائية، ونظام الطعن بالاستئناف من الممكن مواجهتهما من عدة زوايا، فمن الممكن أن يقتصر التمييز على مجرد عقد مقارنة سطحية لهذه النظم من أنظمة التشكى من الأعمال القضائية. كما أنه من الممكن دراسة هذا التمييز دراسة وصفية ويمكن أخيرا دراسة هذا التمييز دراسة تحليلية وهذا ما نفضله.

فكرة التظلم من نظام الأوامر القضائية كما رأيناها فيما سبق هى فكرة مرتبطة بغياب المواجهة بين الخصوم لحظة إصدار الأمر من القاضى الآمر، وسواء تعلق الموضوع بأمر أداء، أو بأمر على عريضة. فالأوامر القضائية فى مرحلتها السابقة على صدور الأمر وحتى بعد صدوره لا توجد فيها مواجهة فى إجراءات العمل الولائى، ذلك أنه لا

---

(١) أبو الوفا، الأحكام، ص ٥٦.

- نقض مدنى ١٩٥٦/١٢/٦ مجموعة النقض س ٧ ص ٩٥٧.
- نقض مدنى ١٩٥٤/٢/١١ مجموعة النقض س ٥ ص ٥٢٢.
- نقض مدنى ١٩٧١/٦/١ مجموعة النقض س ٢٢ ص ٧١٦.
- نقض مدنى ١٩٦٢/١٢/٦ مجموعة النقض س ١٢ ص ١٠٩٢.

يوجد طرفان بالمعنى الصحيح حتى يجب تطبيق مبدأ المواجهة فيما بينهما[1].

ومن جهة أخرى ، فمما يؤيد قولنا أن نظام التظلم من الأوامر القضائية يتولد بطريق مباشر من انعدام المواجهة عن صدور هذه الأوامر،فإن وجود خصمين أمام القاضى،مما يسمح بإعمال مبدأ المجابهة، يؤدى إلى إظهار الحقيقة ولو فى إطارها النسبى أمام القاضى.

بوجود نظام للتظلم من الأوامر القضائية ، يكون المشرع قد حقق هدفين فى آن واحد من إيجاده لنظام الأوامر القضائية.

فمن ناحية يكون قد حقق للأفراد وسيلة سهلة وسريعة لتوليد الآثار القانونية التى تواجه الظروف التى من أجلها وجدت فكرة الأوامر القضائية. فقد سبق لنا القول أن نظام الأوامر القضائية قد وجد لحل مشكلة عدم الفعالية القانونية للإرادة الخاصة.

ومن جهة ثانية، يكون المشرع، عن طريق نظام التظلم من الأوامر قد أعمل مبدأ المجابهة وذلك أمام المحكمة التى يتم التظلم أمامها، فعن طريق التظلم من الأوامر القضائية، من جهة ثالثة، تتحول خصومة الأمر القضائى، من خصومة تحقيق غير كامل، لافتقادها لعنصر المواجهة ، إلى خصومة تحقيق كامل لوجود هذه المواجهة.

هذه هى الفكرة الأصلية لنظام التظلم من الأوامر القضائية .

ومع هذا فإن سلطات المحكمة التى تنظر التظلم تختلف فى الأمر على عريضة، عنها فى أوامر الأداء، كما سبق الإشارة .

فقد قلنا فيما سبق، أن محكمة التظلم فى أوامر الأداء تعتبر محكمة طعن ومحكمة أول درجة فى آن واحد، وهذا يرجع إلى الطبيعة الذاتية لأمر الأداء باعتباره بمثابة حكم قطعى بإلزام.

---

(١) فتحى والى ، المرجع السابق، ص ٣٧.

أما الأوامر على عرائض، فتقتصر على مجرد الأمر بإتخاذ إجراء وقتى أو تحفظى، وبالتالى فسلطات محكمة التظلم تكون مماثلة لسلطات القاضى الآمر. فهذه المحكمة تقتصر على مجرد تأييد ، أو تعديل أو إلغاء الأمر على عريضة، دون التعرض للموضوع، ونفس هذا الاختلاف فى الطبيعة هو الذى سمح للمشرع بالطعن فى أمر الأداء مباشرة بالاستئناف.

٤٦-وكان الفقه التقليدى يرى أن نظام الأوامر القضائية، باعتبارها الصورة الشائعة التى يمارس فيها القاضى سلطته الولائية، لا يمكن التظلم منها عن طريق استخدام طرق الطعن فى الأحكام القضائية[١].

واستند الفقه الآنف الإشارة إليه إلى أن هذه الطرف نظمها المشرع للطعن فى الأحكام القضائية، والعمل الولائى لا يعتبر حكم ، فبالتالى لا يجوز استعمال طرق الطعن فى صددها.

واستند هذا الفقه أيضا إلى القول بأنه لا توجد فائدة من استخدام طرق الطعن فى الأحكام بغرض التظلم من الأوامر القضائية على أساس أنه من الممكن تعديل العمل أو إلغائه بواسطة القاضى، وأيضا فإنه من الممكن رفع دعوى أصليه بطلب بطلانه[٢].

وانتقدت هذه الآراء على أساس أن دعوى البطلان تقتصر على حالات عدم صحة العمل الولائى، وبالتالى فهذا العمل قد يكون صحيحا وبالتالى لا يمكن رفع دعوى بطلب بطلانه. ورغم هذا فذات هذا العمل قد يكون غير ملائم، فما هو الحل. ومن جهة أخرى فإن إلغاء الأمر القضائى أو تعديله مشروط بوجود ظروف جديدة تبرر هذا الإلغاء أو التعديل[٣].

لكل هذه الأسباب أقام المشرع نظام التظلم من الأوامر القضائية،

---

(١) فتحى والى، ص ٣٩.

(٢) فتحى والى، ص ٣٨.

(٣) وجدى راغب. الرسالة، ص ١٣٥

آخذا فى الاعتبار الطبيعة الذاتية لهذه الأوامر. وافتقارها إلـــى عنصـــر المجابهة.

٤٧-أما نظام الطعن بالاستئناف، فقد وجد لمواجهة طعن يرفع ضد حكم قضائى بالمعنى الفنى للكلمة.سواء كان هذا الطعن ينسب إلى الحكـــم القضائى عدم عدالته،أو عيب متعلق بإجراءات خصومته أو إصداره.

الطعن بالاستئناف يستجيب لمبدأ التقاضى على درجتين، الذى يتولد منه مبدأ ثبات النزاع، وكل هذا بهدف إعادة طرح خصومة تحقيق كـامل أعمل فيها مبدأ المواجهة أمام قاضى أول درجـــة. إعــادة طــرح هــذه الخصومة مرة ثانية أمام محكمة الدرجة الثانية للفصل فـــى ذات الـــنزاع مرة أخرى.

الطعن بالاستئناف إذا وجد لكفالة فحص ذات النزاع مرة أخـــرى، وبواسطة قاضى آخر أعلى درجة من القاضى الأول.

الطعن بالاستئناف يستجيب لمجموعة مبادئ، لا يستجيب لها نظـام التظلم من الأوامر القضائية(١).

فهذه الأخيرة ، تختلف فى طبيعتها عن الأحكام القضائية ،لهذا وجد نظام للطعن فيها يختلف عن نظام الطعن بالاستئناف فى الأحكام.

وبالإضافة إلى ذلك فالإجراءات والمواعيد والتشكيليات تختلف مـــن نظام إلى آخر.كذا سلطات المحكمة والخصوم تختلف من حالة إلىأخرى.

وننتقل الآن إلى دراسة الطعن بالاستئناف فى الأعمال الصادرة من جهات لا تعتبر محاكم بالمعنى الدقيق ومدى جواز هذا الطريق من طـرق الطعن بالنسبة لهذه الأعمال.

---

(١) عبد الباسط جميعى-قارن : الاستئناف المباشر لأوامـــر الأداء. مجلـــة العلـــوم القانونية والاقتصادية ١٩٦١ ، ص ٣٧٥.

- فتحى عبد الصبور-طبيعة أوامر الأداء والطعن فيها. المحاماة س٣٨ص٤٣٧.

المبحث الثالث

التظلم من الأعمال الصادرة من جهات لا تعتبر محاكم بالمعنى الدقيق

٤٨- تقتضى الدراسة فى هذا المبحث أن نعرض لتحديد الجهات التى لا تعتبر محاكم بالمعنى الدقيق وهذا ما نتناوله فى المطلب الأول من هذه الدراسة. ثم نتناول طبيعة الأعمال الصادرة من هذه الجهات وذلك فى مطلب ثان.

ثم نعرض بعد ذلك للطعن بالاستئناف ومدى جوازه بالنسبة للأعمال الصادرة من هذه الجهات وذلك فى مطلب ثالث

المطلب الأول

تحديد معنى الجهات التى لا تعتبر محاكم بالمعنى الدقيق

(محاولة للبحث عن معيار)

٤٩- المحاكم القضائية التى تتبع جهة القضاء العادى، هى جهات منحها القانون ولاية القضاء للفصل فى المنازعات التى تثور بين الأشخاص وترفع إليها وفقا للقواعد التى ينص عليها القانون. هذه المحاكم تباشر وظيفتها القضائية وتصدر بمناسبتها العديد من الأعمال القضائية التى قد تتخذ شكل الأحكام، أو الأوامر. ويقوم المشرع بتزويد القضاء بولاية القضاء حتى يستطيع تحقيق اليقين القانونى فى حالة واقعية معينة يكون القانون مجهلا فيها. وبناء على ذلك فقد ذهب البعض إلى القول بأن العمل القضائى لا يمارس إلا حيث يكون القانون مجهلا فى حالة واقعية أى حيث يفشل الرأى القانونى الذاتى للطرف المكلف بالقاعدة القانونية كأداة لتحقيقها تلقائيا، فيتحول إلى مجرد إدعاء يخضع لتقدير القضاء[1].

---

(١) وجدى راغب. الرسالة، ص ١٠٢.

والعمل القضائى يعيد للقانون فعاليته عن طريق الحكم أو الرأى القضائى. وهذا الحكم أو هذا الرأى وأن كان رأياً شخصياً إنسانياً إلا أنه ليس رأياً ذاتياً للطرف بل هو رأى غيرى يحاط تكوينه بالضمانات العضوية والإجرائية التى تكفل تبرئته من نقائص الرأى الذاتى[1].

والعمل القضائى الذى يقوم به القاضى بهدف تحقيق اليقين القانونى فى حالة واقعية معينة يتخذ أشكالاً متعددة :

فالخصومة القضائية تنقضى بالحكم فى موضوع الدعوى، وهنا يتجسم العمل القضائى[2]. ويطلق اصطلاح الحكم فى القانون الفرنسى أولا من وجهة نظر عضوية، بحيث يشمل كل القرارات التى تصدرها المحكمة، سواء كانت تفصل فى منازعة ، أو كانت صادرة فى غير منازعة، كالحكم الولائى والحكم الاتفاقى.

بينما يطلق تعبير الأمر على القرارات التى تصدر من رئيس المحكمة، أو من القاضى المكلف بمتابعة الإجراءات ، والواقع وهذا ليس محل دراسة لنا هنا، هو أن معنى الحكم يتعدد فى الفقه المقارن، فيؤخذ بمعنى عضوى ليشمل كل قرار يصدر من المحكمة أثناء الخصومة أو فى نهايتها، أو بمعنى شكلى ليشمل القرارات التى تصدر فى خصومة.

ومن جهة أخرى فالفقه سواء فى مصر أو فى فرنسا يحدد للحكم القضائى معنى دقيق ، بحيث يشمل كل حكم قطعى صادر فى خصومة قضائية، سواء كان صادراً فى الموضوع أو فى مسألة إجرائية[3].

والواقع أن تحديد ما يعد من المحاكم العادية وما تختص به، وطبيعة العمل القضائى الصادر منها، ونظام الطعن فى هذا العمل، ليس هو بصفة أساسية محل هذا المطلب من هذه الدراسة، ونحن هنا نضع هذه

---

(١) وجدى راغب. الرسالة، ص ١٠٣.

(٢)وجدى راغب. الرسالة، ص ٦٦٥.

(٣) وجدى راغب، الرسالة ص ٦٧٥.

المبادئ فقط لكى نتقدم منها إلى القول بالآتى:

٥٠- أن هناك أعمال أخرى ، غير العمل القضائى بمعناه السابق، توجد فى الحياة القانونية. هذه الأعمال تصدر من جهات أخرى غير الجهة القضائية المدنية. هذه الجهات الأخرى قد تكون جهات إدارية بحت، أو جهات إدارية ذات اختصاص قضائي. ونحاول الآن تحديد هذه الجهات لكى نصل من هذا إلى تحديد طبيعة القرارات التى تصدر منها، ثم بعد هذا نعرض من هذه القرارات ما يجوز الطعن فيه بالاستئناف الذى يعرفه قانون المرافعات المدنية.

يعرف الفقه الإدارى أعمال الإدارة بأنها الأعمال التى تصدر عن عمال الإدارة العامة لحساب هذه الأخيرة[1].

وأعمال الإدارة قد تكون عبارة عن عمليات مادية،أو أعمال قانونية وهى فى كلتا الحالتين تخضع كقاعدة عامة لرقابة القضاء.

والعمليات المادية تعرض غالبا فى شكل وقائع أو حوادث تضر بالأفراد فتحرك قضاء التعويض أو التضمين ، أما الأعمال القانونية فدائما تعرض فى شكل أوامر أو قرارات إدارية، يراد بها إحداث تغيير فى المراكز القانونية الموجودة، بترتيب بعض الحقوق والالتزامات ، فيتقدم أصحاب المصلحة طالبين إلغاءها فنصل بهذا إلى قضاء الإلغاء.

والعمل القانونى الإدارى إما أن يكون منفردا، أو نتيجة لتوافق إرادتين : منفردا فيكون عملا قانونيا قاعديا كاللوائح، أو عملا شرطيا كقرار تعيين أحد الموظفين، أو نتيجة لتوافق إرادتين كالعقد الذى يعد من ناحية الفن القانونى أنه المثل الذى لا شك فيه للعمل القانونى الشخصى[2].

وعلى الإدارة أن تعمل فى دائرة القانون، وهذا مجرد تطبيق لمبدأ

---

(١) مصطفى أبو زيد. القضاء الإدارى ومجلس الدولة ، ط١ س ١٩٦٠ ص ٦.

(٢) مصطفى أبو زيد ، المرجع السابق، ص ٩.

المشروعية.

ومعنى هذا أنه ينبغي على الإدارة ألا تخالف القانون فى تصرفاتها وأيا كانت الصورة التى تمارس فيها ومن خلالها هذه التصرفات.

والرقابة على مشروعية أعمال الإدارة قد تكون سياسية، عن طريق قيام البرلمان برقابة أعمال السلطة التنفيذية، وذلك كحق البرلمان فى توجيه الأسئلة والاستجوابات إلى الوزراء عن أعمالهم غير المشروعة، وإمكان مساءلة الوزير وسحب الثقة منه ، هذه الرقابة تقتصر على الناحية السياسية فلا يمكن للبرلمان وهو سلطة سياسية أن يقرر بنفسه توقيع جزاء مباشر على الإدارة نتيجة تصرفها غير المشروع(١).

ومن جهة أخرى، فإنه توجد الرقابة الإدارية، ويقصد بذلك مراقبة الإدارة لنفسها بنفسها،فالرقابة الإدارية هى نوع من الرقابة الذاتية الداخلية تباشرها الإدارة بنفسها على نفسها.وتتحقق هذه الرقابة إما تلقائية وذلك بمراجعة العضو الذى صدر منه التصرف أو العمل لنفسه،فيعيد النظر من تلقاء نفسه فيما قام به ويعمل على إلغاء تصرفه، أو تعديله أو استبداله بتصرف آخر(٢).

وقد تمارس الرقابة الإدارية عن طريق التظلم ، وهنا تتولى الإدارة مراجعة أعمالها وتصرفاتها بناء على تظلم يتقدم به كل ذى مصلحة إلى جهة الإدارة .

وأخيرا فقد ينظم القانون لجانا إدارية خاصة تكون مهمتها التفتيش من تلقاء نفسها على موظفى السلطة الإدارية ومراقبة ما يقومون به من أعمال أثناء تأدية وظائفهم.هذه اللجان لا تقوم بنفسها بإلغاء القرارات الإدارية التى قد تراها مخالفة للقانون،ويكون لها-من أجل التوصل إلى هذا الإلغاء-أن تخطر الرئيس الإدارى الأعلى الذىيكون له الكلمة النهائية

---

(١) محسن خليل . القضاء الإدارى ورقابته لأعمال الإدارة. ط ٣، ص ٧٧.

(٢) محسن خليل ، ص ٧٧.

وقد ينظم القانون من ناحية أخرى لجاناً إدارية خاصة تكون مهمتها الفصل بنفسها فيما يقدم إليها من تظلمات دون الرجوع للرئيس الإدارى[1].

٥١- وإلى جانب هذه الرقابة الإدارية على الأعمال الصادرة من الإدارة، توجد الرقابة القضائية، ويقصد بهذه الرقابة الأخيرة أن توكل مراقبة أعمال الإدارة إلى السلطة القضائية.والرقابة القضائية على أعمال الإدارة قد يختص بها القضاء العادى وحده، وقد يختص بها قضاء متخصص يسمى القضاء الإدارى[2].

إذا كان كل ما تقدم يعطينا فكرة مبسطة عن القضاء المدنى والقرارات الصادرة منه. والإدارة والقرارات الصادرة منها وسبل التشكى منها، فإننا ننتقل الآن إلى دراسة تحديدية للجهات التى لا تعتبر محاكم بالمعنى الدقيق، ودراسة طبيعة القرارات الصادرة منها وإمكانية الطعن فيها بالاستئناف، ونقتصر هنا على معالجة الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائى.

٥٢-الطبيعة القانونية للجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائى[3]

تحديد الطبيعة القانونية للجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائى لم يحظى من فقه القانون العام بصفة عامة، والإدارى بصفة خاصة، بدراسة متقدمة تبين مفهوم هذه اللجان. وإنما انصب البحث أساساً على

---

(١) محسن خليل ، ص ٧٩.

(٢) محسن خليل ، ص ٨٠ .

(٣) محمود محمد حافظ، القضاء الإدارى، ط ٤، ١٩٦٧، ص ٣٦٨.

- عبد العزيز البديوى،الوجيز فى المبادئ العامة للدعوى الإدارية،ط١، ١٩٧٠، ص٢.
- القطب محمد طبلية.العمل القضائى فى القانون المقارن،ط١، ١٩٦٥ص١٥٢.
- طبيعة الجرف. رقابة القضاء لأعمال الإدارة ١٩٧٠، ص ٢٠١.
- بكر القبانى ومحمود عاطف البنا. الرقابة القضائية لأعمال الإدارة،ص٢١٢.

طبيعة القرارات الصادرة من هذه اللجان، وهل تعتبر قرارات إدارية فيسرى عليها ما يسرى على هذه القرارات من قواعد، وبالذات دخولها فى اختصاص القضاء الإدارى، أم هى أحكام قضائية وبالتالى تخرج من هذا الاختصاص ويتم التظلم منها أمام القضاء العادى.

وفى رأينا فإن تحديد طبيعة هذه اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائى هو الذى ينعكس على تحديد طبيعة القرارات الصادرة منها، وليس العكس. ونتناول هنا دراسة هذه اللجان فى ذاتها وفى مكان آخر ندرس طبيعة القرارات الصادرة منها.

وفيما يتعلق بتحديد الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائى يرى بعض الفقه فى مصر أن هذه الجهات تتميز عن الجهات القضائية فى أنها جهة إدارية. بمعنى أنه يدخل فى تكوينها أعضاء من الإدارة العاملة المركزية أو اللامركزية سواء كانون معينين أو منتخبين. فالأعضاء يجب ألا يكونوا جميعاً قضاة وإلا تحولت الجهة الإدارية إلى جهة قضائية[1].

ومن جهة أخرى يرى هذا الفقه، أن الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائى تتميز عن الجهات الإدارية البحت فى موضوع نشاطها، فهذه الأخيرة يكون نشاطها الأساسى، إن لم يكن كل نشاطها، نشاط إدارى، أما هذه الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائى فقد يكون لها نشاط إدارى، ولكن نشاطها القضائى هو الغالب[2].

ومن جهة ثالثة، يرى هذا الاتجاه أن النشاط القضائى يتميز أولاً بالإجراءات المتبعة التى تسير الهيئة طبقاً لها، وكون هذه الإجراءات

---

(١) مصطفى أبو زيد فهمى . المرجع السابق، ص ١٠٥.
- عثمان خليل . مجلس الدولة ،ص ١٨١.
- سليمان الطماوى. القضاء الإدارى، ص ١١٧.

(٢) مصطفى أبو زيد فهمى. المرجع السابق، ص ١٠٦.

تتضمن بعض الضمانات التى تكفل اطمئنان وحسن الفصل فى الدعوى.

والعمل القضائى يتميز من ناحية أخرى بالمسائل موضوع الدعوى، فإذا كان فى استطاعة الهيئة أن تقضى بعقوبة مقيدة للحرية، أو كان فـــى استطاعتها أن تحكم ويكون لقضائها قوة الشئ المقضى به اعتبرت الهيئـــة قضائية وإلا فهى إدارية بحت(١).

هذا الرأى يأخذ فى تحديده للـــهيئات الإداريـــة ذات الاختصـــاص القضائى بمعيار جامع للمعيار الشكلى والمعيار الموضوعى فـــى تحديـــد طبيعة الجهة محل الاعتبار فى آن واحد.

والميعار الشكلى يقصد به النظر إلى صفة القائم بالعمل، وما يتبعـــه من إجراءات وما يخلعه القانون على العمل نفسه من قـــوة أو حصانـــات. وبناء على ذلك فالعمل القضائى وفقاً للمعيار الشكلى هو الذى يصدر مـــن جهة منحها القانون ولاية القضاء وقيدها بما تتبعه السلطات القضائية مـــن إجراءات وضمانات للتقاضى، وأسبغ على قراراها حجية الأحكام(٢).

أما المعيار الموضوعى، فهو يعمد إلى تحديد صفـــة العمـــل وفقـــا لطبيعته الذاتية ومضمونه ، أو وفقاً للهدف منـــه، وعلـــى ذلـــك فـــالعمل القضائى موضوعياً هو الذى يحسم على أساس قاعدة قانونية خصومة بين طرفين، ويستهدف مجرد حماية النظام القانون للدولـــــة، وليـــس إشـــباع الحاجات العامة(٣).

والرأى السابق الإشارة إليه فى تحديـــــده للجهـــات الإدارية ذات

(١) مصطفى أبو زيد فهمى. المرجع السابق، ص ١٠٦.

(٢) بكر القبانى ومحمود عاطف البنا . الرقابة القضائية لأعمال الإدارة، ص ٢١٢.

(٣) وجدى راغب، رسالة، راجع فيها الانتقادات الموجهة إلـــى المعيـــارين الشـــكلى والموضوعى ، ص ١١٨.

- إبراهيم سعد . القانون القضائى الخاص ، ص ٨٦ وما بعدها.

H. Vizioz. Etude de procedure .p. ١٢ et s.

الاختصاص القضائى يأخذ بهذين المعيارين معا. فهو يرى أن هذه الجهات يدخل فى تكوينها أعضاء من الإدارة العاملة ، بمعنى أن الأعضاء يجب ألا يكونوا جميعاً من القضاة وإلا تحولت إلى جهة قضائية. وأيضاً يضاف إلى هذا المعيار الشكلى معيار موضوعى وهو أن النشاط الغالب لهذه الجهات هو نشاط قضائى.

والواقع من الأمر أنه يمكن القول بأن الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائى، هى جهات ينص المشرع على تشكيلها من عناصر تختلط فيها الإدارة بالقضاة، ويمنحها ولاية القضاء. بل أكثر من هذا فإن الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائى قد تكون مشكلة من رجال الإدارة فقط، أى لا يوجد بها عنصر قضائى، ويمنحها المشرع ولاية القضاء بصدد مسائل يحددها القانون[1]. هذا هو الرأى الذى نراه بصدد هذه الهيئات، وكان من الطبيعى أن ينساب من هذا الرأى نتيجة منطقية، وهى اعتبار العمل الذى تقوم به عمل قضائى، والقرار الذى تصدره حكما قضائيا وليس قرارا إداريا، وبالتالى يكون الطعن فيه أمام القضاء العادى وليس أمام مجلس الدولة.

هذه النتيجة ليست غريبة على فقه القانون بصفة عامة، وفقه القانون الخاص بصفة خاصة. ففى نظام التحكيم المنصوص عليه فى المادة ٥٠١ وما بعدها من قانون المرافعات السابق نجد أن القانون يخول للأطراف الاتفاق على التحكيم لحسم نزاع احتمالى أو لحسم نزاع نشأ بالفعل فيما بينهم، بواسطة شخص أو أشخاص من الغير. والقرار الصادر من المحكم أو المحكمين يسمى حكم وتنطبق عليه سائر قواعد الأحكام القضائية بصفة عامة، ويخضع لطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية[2].

---

(١) راجع فى فقد المعيار الشكلى: القطب طبلية. العمل القضائى، ص٢٥ وما بعدها.

(٢) أبو الوفا، التحكيم ، ١٩٧٧ ، ص ٢٠ وما بعدها.

- نبيل عمر، دروس فى التحكم البحرى ألقيت على طلب الأكاديمية العربية للنقل البحرى ١٩٧٩، ص ١٥٠ وما بعدها.

كان المفروض إذا أن تكون قرارات الهيئات الإدارية ذات الاختصاص القضائى ، أحكاماً قضائية تخضع للقواعد العامة فى الأحكام. ومع هذا فجمهور الفقه والقضاء الإدارى يتخذ موقفاً عكسياً لما نراه.

وهذا ما سوف نتناوله فى المطلب التالى.

المطلب الثانى

طبيعة الأعمال الصادرة من الهيئات الإدارية ذات الاختصاص القضائى

٥٣- يرى الفقه الإدارى فى مصر -بما يشبه الإجماع-أن القرارات الصادرة من الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائى تعتبر- أخذاً بالمعيار الشكلى- قرارات إدارية، وبناء عليه، فإن التظلم منها يدخل فى اختصاص مجلس الدولة.

والواقع أن قانون مجس الدولة الصادر سنة ١٩٤٦ لم يكن ينص على اختصاص القضاء الإدارى بالفصل فى الطعن الموجه ضد قرارات اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائى. ومن هنا ثار الجدل حول طبيعة هذه القرارات، وحول ما إذا كان تعتبر قرارات إدارية فتكون من اختصاص القضاء الإدارى، أم أنها تعتبر أحكاماً وبالتالى تكون من اختصاص القضاء العادى حين يحصل التظلم منها.

وكان هذا الخلاف يتركز حول صدور هذه القرارات من هيئات ولجان منحها القانون اختصاصاً قضائياً، مثال ذلك لجان مخالفات الترع والجسور، لجان الشياخات، لجان تقدير إيجار الأراضى الزراعية،لجان تسوية الديون العقارية، مجالس التأديب التى تغير اسمها من بعد إلى محاكم التأديب[1].

---

(١) محمد كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة. الكتاب الثانى١٩٦٧،ص ٥٠٧.

٥٤- وبصدور قانون مجلس الدولة الثانى سنة ١٩٤٩ ، اعتنق المشرع وجهة نظر محكمة القضاء الإدارى ، ونص فى المادة السادسة منه على أن : " تفصل محكمة القضاء الإدارى فى الطعون التى ترفع عن القرارات النهائية الصادرة من جهات إدارية لها اختصاص قضائى متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص أو جود عيب فى الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ فى تطبيقها أو تأويلها"(١). وإذا كان هذا هو الوضع فى ظل قانون ١٩٤٩، فإن ما ورد فى قانون مجلس الدولة رقم ١٦٥ لسنة ١٥٥ ،والقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ الخاص بمجلس الدولة أيضاً ما يقطع فى رأى الفقه الإدارى فى اعتبار القرارات الصادرة من الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائى قرارات إدارية بحت وبالتالى تدخل فى اختصاص القضاء الإدارى من ناحية التظلم منها.

ولا شك أن الروح العامة التى تسيطر على هذه القوانين تنبعث من أن الأخذ بالمعيار الشكلى يحث على اعتبار هذه القرارات ما هى إلا قرارات إدارية وبالتالى يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى بنظرها والفصل فيها(٢).

٥٥- ومع هذا فالجدل لم ينقطع فى فقه القانون الإدارى، فذهب

---

(١) أحكام حكمة القضاء الإدارى ١٩٥٣/٦/٣٠ القضية رقم ٢١٨ مجموعة أحكام مجلس الدولة س ٧ ص ١٨٢٥.

- مجموعة أحكام مجلس الدولة ١٩٤٨/١/٦ س ٢ص ١٩٠ دعوى رقم ١١٥.
- مجموعة أحكام مجلس الدولة ١٩٤٨/٤/٢٨ س ٢ص ٦٢٩ دعوى رقم٣٠٨.
- مجموعة أحكام مجلس الدولة ١٩٤٨/١٢/١٤ س ٣ ص ١٩٧٠.

(٢) محسن خليل ، المرجع السابق، ص ٣٣٨.

- حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١١٠٩ لسنة ٨ قضائية، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا فى عشر سنوات، ص ١٣٥٦.
- القضية رقم ٣٠٨ لسنة ١ قضائية، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإدارى السنة الثانية ، ص ٦٢٩.
- مصطفى أبو زيد فهمى، المرجع السابق، ص ١٠٢ وما بعدها.

البعض إلى القول بأنه لما كانت اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائى تشكل تشكيلاً إدارياً واضحا، فإن قراراتها تعتبراً أخذاً بالمعيار الشكلى قرارات إدارية(1). ومع هذا فإن قرارات هذه اللجان وهى تصدر فى الغالب فصلاً فى منازعات يدخل نظرها فى ولاية هذه اللجان، فإنها تعتبر لذلك وأخذاً بالمعيار الموضوعى أعمالاً قضائية مما تخرج بسببه عن ولاية مجلس الدولة.

ومع ذلك وحتى بعد صدور قانون ١٩٤٩ لمجلس الدولة، ورغم وجود المادة السادسة فى هذا القانون التى تنص على أن تفصل محكمة القضاء الإدارى فى الطعون التى ترفع عن القرارات النهائية الصادرة من جهات إدارية ذات اختصاص قضائى، فقد ثار خلاف جديد حول ما إذا كان الاختصاص الذى تقرر فى هذا الشأن لمحكمة القضاء الإدارى يمكن أن يسلب نهائياً ولاية المحاكم العادية فيه، أم أنه اختصاص مشترك بين الجهتين القضائيتين(2).

٥٦- وكان بعض الفقه الإدارى مسموع الكلمة فى مصر يرى أن الاختصاص بنظر الطعون فى هذه القرارات يكون شركة بين مجلس الدولة، وبين القضاء العادى وذلك فى ظل قانون ١٩٤٩ ومادته السادسة، ويرى هذا الرأى أن قانون ١٩٤٩ لم ينص على عكس ذلك كما فعل فى المادة الثالثة حيث قال " دون غيرها" ، بل استعمل المشرع فى المادة السادسة كلمة " تفصل " محكمة القضاء الإدارى، ولم يقل تختص(3).

---

(١) طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص ٢٠٢ وما بعدها.

(٢) عثمان خليل عثمان. مجلس الدولة، ص ٢٦٠.

(٣) عثمان خليل عثمان. مجلس الدولة ، ص ٢٦١ عكس هذا : كامل ليلةص٥٠٧

- طعيمة الجرف، ص ٢٨٠.
- محمود محمد حافظ، المرجع السابق، ص ٣٦٧.
- القطب طبلية، ص ١٦٠.
- محمد كامل ليلة، ص ٥١٠.=

ورغم ذلك فقد رجع هذا الفقه عن رأيه بعد صدور قانون مجلس الدولة رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥، وانتهى إلى أن قرارات اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائى هى قرارات إدارية ، وتدخل فى اختصاص مجلس الدولة وحده.

٥٧- ويرى الفقه الإدارى مسموع الكلمة فى مصر، بأن أمر الخلاف فى صدد طبيعة القرارات الصادرة من الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائى قد انتهى، وأن هذه القرارات هى قرارات إدارية، وأن المختص بنظر الطعون المرفوعة ضده هذه القرارات هو مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى[1].

وإذا كانت قوانين مجلس الدولة المتعاقبة لم تحدد نوع الطعون التى ترفع إلى مجلس الدولة ضد هذه القرارات ، فإن الفقه المصرى يجمع على أن المقصود بالطعون فى قانون مجلس الدولة هى طعون الإلغاء فى القرارات الإدارية موضوع البحث.

وهذا الرأى يستند على أساسين :

الأول: منطق المعيار الشكلى الذى يؤخذ به لتحديد ولاية القضاء الإدارى يؤكد أن قرارات الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائى، هى قرارات إدارية مما يجوز الطعن فيها بالإلغاء قياساً على كل القرارات الإدارية النهائية الأخرى.

الثانى: أن ولاية مجلس الدولة على قرارات الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائى لا يمكن أن تكون ولاية نقض تقف فقط عند جانب القانون دون أن تمتد إلى رقابة الوقائع لسببين :

= - مصطفى أبو زيد فهمى ، ص ١٠٥.

(١) ومع هذا فإن قرارات هيئات التوفيق والتحكيم فى منازعات العمل، والقرارات الصادرة من لجان قيد المحامين بالجدول وقبولهم للمرافعة وتأديبهم تخرج من اختصاص مجلس الدولة، راجع فى تقدير ذلك، كامل ليلة، ص ٥٠٨.

١- أن اللجان الإدارية بعيدة كل البعد عن المحاكم فى تشكيلها وإجراءاتها وضمانات أعضائها[1].

٢- أن مجلس الدولة إذا ما نقض القرار موضوع الطعن حكم فوراً في موضوع النزاع، دون أن يكون ملزماً - حسبما يقضى به منطق الطعن بالنقض-بإعادة النزاع من جديد إلى الجهة التي أصدرت القرار[2].

وأخيراً، فإن القرارات الصادرة من الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائى تكون بذاتها - باعتبارها قرارات إدارية- موضوعاً لرقابة التعويض فى كل ما يترتب عليها أو على تنفيذها من أضرار لصاحب الشأن[3].

بعد هذا الاستعراض لطبيعة القرارات الصادرة من اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائى فإنه يهمنا، إجراء دراسة تطبيقية نعمل فيها ما توصل إليه فقه القانون العام على بعض اللجان أو الهيئات الإدارية ذات الاختصاص القضائى، لنرى صحة هذه المسائل.

٥٨- تنص المادة ١٠٩ من قانون تنظيم الجامعات المصرية على مساءلة جميع أعضاء هيئة التدريس أمام مجلس تأديب يشكل من أحد نواب رئيس الجامعة ، وأستاذ من كلية الحقوق، ومستشار من مجلس الدولة.

وتنص المادة ١٠٩ سالفة الذكر على أنه تسرى بالنسبة إلى المسائلة

---

(١) طعيمة الجرف، ص ٢١٠

- سليمان الطماوى، القضاء الإدارى، ص ١٢١.
- مصطفى أبو زيد فهمى، ص ١٠٧.

(٢) نبيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض فى المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، طبعة أولى ١٩٨٠، ص.... .

(٣) طعيمة الجرف، ص ٢١١.

أمام مجلس التأديب القواعد الخاصة بالمحاكمة أمام المحاكم التأديبية المنصوص عليها فى قانون مجلس الدولة. وينظم المحاكم التأديبية فى مصر القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ ، والقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ وما أدخل عليهما من تعديلات. ومقتضى ذلك أن تصدر أحكام مجلس التأديب مسببة ويوقعها الرئيس والأعضاء الذين أصدروها، وأحكام هذا المجلس نهائية، ولا يجوز الطعن فيها إلا أمام المحكمة الإدارية العليا.

أما عن طبيعة القرار الصادر من المجلس التأديبى موضوع البحث، فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا فى أحد أحكامها إلى أن القرارات الصادرة فى المادة التأديبية، هى قرارات إدارية ولو كانت صادرة من المحاكم التأديبية[١]. ورغم هذا يرى بعض الفقه أن هذه القرارات هى قرارات قضائية.

والأساس فى ذلك عند هذا الرأى هو أن القرار القضائى هو ما صدر عن قاضى بإجراءات قضائية، ومن جهة أخرى فإن هذا الرأى يرى أن القرار القضائى هو تقرير يجعل له المشرع قوة الشئ المقضى فيه،وأحكام المحاكم التأديبية هى تقارير جعل لها المشرع هذه القوة.فالعمل القضائى حسب هذا الرأى هو تقرير قانونى،تصدره هيئة مستقلة ومحايدة، باسم الدولة،بإجراءات قضائية ،وتكون له قوة الشئ المقضى به[٢].

---

(١) القطب طبلية، المرجع السابق.
- القضية رقم ٢١ لسنة ٢ق، مجموعة المحكمة الإدارية العليا،س ٥ص عدد٢، ص ٨١٤.
- القضية رقم ٦٠٨ لسنة ٣ق، جلسة رقم ١٩٥٨/٤/١٢، المحاماة س ٤٠ص ١٠٧٨.
- والواقع أن المحكمة الإدارية العليا استندت هنا إلى موضوع النزاع الذى صدر فيه القرار. فمادام هذا الموضوع إداريا- كالتأديب- فالقرارات التى تصدر فيه تكون بحكم اللازم إدارية.

(٢) القطب طبلية، العمل القضائى، ص ١٧٦.

وإذا كان الأمر كذلك، وبما أن هذا الحكم يعتبر حكم قضائى فإن الطعن فيه يكون بالنقض أمام المحكمة الإدارية العليا باعتباره حكماً انتهائياً.

٥٩- أما عن الهيئات التأديبية لأعضاء النقابات المهنية، فإن القرارات الصادرة منها، أى الصادرة من مجلس التأديب الخاص بهذه النقابات هى قرارات قضائية، بمعنى الكلمة، وحسب التحديد السابق لنا بيانه. وبالنسبة لتأديب المحامين فيوجد مجلس تأديب ابتدائى وآخر استئنافى. والطعن فى القرارات الصادرة من مجالس تأديب المحامين باعتبارها عملاً قضائياً يخضع لطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية. فتجوز المعارضة فيه إذا صدر فى غيبة المحام. وللنيابة العامة والمحامى المحكوم عليه استئناف القرار الصادر من مجلس التأديب الابتدائى بتقرير قلم كتاب محكمة النقض ويفصل فى الاستئناف المجلس الاستئنافى، وقراره نهائى[1].

٦٠-لجان الطعن فى مسائل الضرائب وطبيعة القرارات الصادرة منها.

تشكل لجنة الطعن طبقا للمادة ٥٠ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ المعدل بالقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٥٣ من ثلاثة من موظفى مصلحة الضرائب يعينون بقرار من وزير المالية ويكون من بينهم الرئيس. ويجوز بناء على طلب الممول أن ينضم إليهم عضوان يختارهما الممول من بين التجار ورجال الصناعة أو الممولين.

وتختص هذه اللجان بالفصل فى أوجه الخلاف بين الممول والمصلحة.والإجراءات المتبعة فى خصومة التظلم هى إجراءات قضائية، وحرية الدفاع مكفولة، والجلسات سرية وقراراتها مسببة. ولكل من الممول ومصلحة الضرائب خلال شهر من تاريخ إعلانه بالقرار، الطعن فيه أمام المحكمة الابتدائية منعقدة بهيئة تجارية .

---

(١) إبراهيم سعد، القانون القضائى الخاص، ص ٣٢٣.

وأجاز المشرع فى المادة ٥٤ منه استئناف الحكم الصادر من المحكمة المذكورة فى هذا الشأن ، فى جميع الأحوال وأيا كانت قيمة النزاع.

وقرارات لجان الطعن فى صورتها الحالية تعتبر قرارات إدارية. والسبب فى هذا يرجع فى رأى البعض إلى أن أعضاء اللجنة من موظفى المصلحة الخاضعين لها، والذين يتلقون التوجيهات والحلول منها. ومعنى ذلك ببساطة هو أن عنصر الحيدة لا يتوافر فى عملها(١).

٦١-هيئات التحكيم وطبيعة القرارات الصادرة منها وكيفية الطعن فيها.

التحكيم فى مجال القانون الخاص هو اتفاق بمقتضاه تلتقى إرادة الأطراف على طرح نزاع معين، سواء نشأ بالفعل أو سوف ينشأ فى المستقبل، على أشخاص عاديين،يسمون محكمين،للفصل فيه،دون الالتجاء إلى قضاء الدولة.

التحكيم أساسه تعاقدى يكمن فى اتفاق الأطراف عليه، وتنتهى عملية التحكيم بصدور قرار من المحكم يسمى حكم المحكم،له آثار وطبيعة الأحكام القضائية ويجوز الطعن فيه بطرق الطعن التى تعرفها الأحكام الصادرة من قضاء الدولة. ونظام التحكم نظمه المشرع المصرى فى قانون المرافعات فى المادة ٥٠١ من القانون السابق وما بعدها، ولا تثير طبيعته أى خلاف(٢).

---

(١) القطب طبلية، المرجع السابق، ص ٢٠٧.
- حسين خلاف، مدى اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات الضرائب والرسوم ، مجلة مجلس الدولة، س ٢ ص ٣٢٩.

(٢) نبيل عمر، دروس فى التحكيم فى المنازعات البحرية، دروس ألقيت على طلبة الأكاديمية العربية للنقل البحرى. الإسكندرية أعوام١٩٧٨/٧٧، ١٩٧٩/١٩٧٨ ، ١٩٨٠/١٩٧٩، ص ٢٠ وما بعدها.
- أبو الوفا، التحكيم الاختيارى والإجبارى ، منشأة المعارف، ص ٥٠.
- قانون التحكيم الجديد رقم٢٧ سنة ١٩٩٤.

وفيما يتعلق بهيئات التحكيم فى المنازعات الجماعية للعمل فإن المشرع المصرى قد نظمها بالقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ بإصدار قانون العمل فى مصر.

ونظم المشرع تكوين هيئات التحكيم هذه حسبما جاء فى المادة١٩٨ من قانون العمل حيث تشتمل على عناصر قضائية وعناصر غير قضائية.

وحددت المواد٨٨، ٢٠٣ من قانون العمل اختصاصات هذه اللجان.

وتتبع أمام هذه اللجان الإجراءات القضائية، والحكم الصادر من هذه الهيئات يعتبر بمثابة حكم صادر من محكمة الاستئناف بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه. ولكل من طرفى النزاع أن يطعن على هذا الحكم أمام محكمة النقض.

٦٢- اللجان القضائية للإصلاح الزراعى.

تنص المادة١٣ مكرر من القانون رقم ١٩٥٢/١٧٨ والمعدلة بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧١ على تشكيل لجان خاصة لفحص الحالات المستثناة طبقاً للمادة الثانية ولتقدير محلقات الأرض المستولى عليها ولفرز نصيب الحكومة فى حالة الشيوع، وتتضمن اللائحة التنفيذية كيفية تشكيل هذه اللجان وتحديد إجراءاتها.

وتتشكل هذه اللجان من عنصر قضائى ، مستشار من المحاكم، ومن عضو بمجلس الدولة، وثلاثة أعضاء يمثلون كلا من الهيئة العامة للإصلاح الزراعى، ومصلحة الشهر العقارى والتوثيق ومصلحة المساحة.

والقرارات الصادرة من هذه اللجان حسب ما هو مستقر عليه فى الفقه الإدارى تعتبر قرارات إدارية.

وينص القانون الخاص بالإصلاح الزراعى على جواز الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة فى القرارات الصادرة من اللجان

القضائية فى المنازعات المنصوص عليها فى البند الأول من الفقرة الثالثة.

أما القرارات التى تصدرها اللجنة القضائية فى غير المنازعات المتقدمة، فإنها لا تكون نهائية إلا بعد التصديق عليها من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى. وهذه القرارات تخضع هى الأخرى للطعن عليها أمام محكمة القضاء الإدارى(١).

٦٣- تنص المادة ١٢ من قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على أن تحديد أجرة الأماكن الخاضعة لأحكام هذا القانون تقوم به لجان يصدر بتشكيلها قرار من المحافظ المختص، وتتكون كل لجنة من اثنين من المهندسين، وعضوين يختارهما المجلس المحلى من غير أعضائه أحدهما من الملاك والآخر من المستأجرين. ولجان تحديد الأجرة تقوم بالفصل فى منازعة الخصوم المتعلقة بتقدير أجرة المبانى الخاضعة لأحكام قانون المساكن. فهو بالتالى وحسب المعايير السابق لنا دراستها تعتبر لجان إدارية ذات اختصاص قضائى. ولا تعتبر هيئة قضائية، لأن الخصوم لا يكلفون بالحضور أمامها، باستثناء المعاينة التى يجب أن تتم فى حضورهم أو بعد إبلاغهم بميعادها.

وهذه اللجان لا تصدر أحكاماً مسببة، ولأن هذه اللجنة إدارية وأن كان لها اختصاصاً قضائيا، فكان المفروض أن يطعن فى قراراتها أمام مجلس الدولة. ولتلافى هذا نص المشرع فى المادة الخامسة من قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على أن المحاكم العادية- دون غيرها- هى التى تختص بالفصل فى المنازعات التى تنشأ عن تطبيق أحكام هذا القانون،وذلك حتى ينفى أى اختصاص لمحاكم مجلس الدولة(٢).

بعد هذا الاستعراض نكون قد انتهينا من تحديد طبيعة القرارات

---

(١) رمضان أبو السعود،دروس فى القانون الزراعى،على الآلة الكاتبة١٩٧٧،ص٣٥.

(٢) أبو الوفا ، قانون إيجار الأماكن، منشأة المعارف١٩٧٨، ص ٢٥ وما بعدها.

الصادرة من اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائى.وننتقل الآن للإشارة بإيجاز إلى قابلية هذه القرارات للطعن فيها بالاستئناف.

المطلب الثالث

قابلية القرارات الصادرة من الهيئات الإدارية ذات الاختصاص القضائى للطعن فيها بالاستئناف

٦٤- سبق لنا الإشارة فى العديد من مناطق هذا البحث إلى أن فقه القانون الإدارى وقضائه ومشرعه قد اتحد رأيهم على أن القرارات الصادرة من هذه اللجان ما هى إلا قرارات إدارية،وبالتالى فإن رقابتها والتظلم منها يكونا لمجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى.

حتى فى الأحوال التى نص المشرع على أن التظلم من هذه القرارات يكون أمام القضاء العادى، مثال ذلك لجان تقدير القيمة الإيجارية فى القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧، ولجان الطعن فى قرارات مصلحة الضرائب، فإن المشرع قد أورد النص الصريح على ذلك حتى يخرج هذا التظلم عن اختصاص المحاكم الإدارية.

والواقع أن أعمال المعايير المعترف بها فى تحديد العمل القضائى والسابق لنا الإشارة إليها كان ينصح باعتبار هذه القرارات بمثابة أحكام قضائية لأنها تقل فى خصومة، وبإجراءات قضائية، وتحسم نزاعاً بأعمالها لحكم القانون عليه، ويصدر قرارها من شخص له ولاية القضاء. وكل هذه العناصر هى التى تتمازج لكى تعطينا فى النهاية عملاً قضائياً أيا كان الشكل الذى يصب فيه هذا العمل القضائى.

أشرنا إلى ذلك فيما سبق وكانت إشارتنا مجرد اجتهاد فقهى. أما ما هو قائم بالفعل فى فقه وقضاء القانون العام، فهو نوع من أنواع السياسية التشريعية التى انتهت إلى اعتبار هذه القرارات الصادرة عن اللجان

الإدارية ذات الاختصاص القضائى مجرد قرارات إدارية تخضـــــع فـــى الرقابة عليها لقضاء مجلس الدولة.

بهذا نكون قد انتهينا من الفصل الأول من هذا الباب والـــذى كـــان ينصب على تحديد الأحكام التى لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف.

وننتقل الآن إلى الفصل الثانى ، لتحديد الأحكام التى تقبل الطعـــن فيها بالاستئناف.

الفصل الثانى
الأحكام التى تقبل الطعن فيها بالاستئناف

٦٥- تحديد الأحكام القضائية التى يجوز الطعن فيها بالاستئناف يتضافر مع التحديد السابق لنا إنجازه فيما يتعلق بفرز الأحكام التى لا يجوز الطعن فيها بالاستئناف، هذا التضافر ينعكس بالضرورة على نطاق هذه الدراسة فيحدد معالمها ويبين مداها ويضبط ملامحها.

الأحكام التى تقبل الطعن فيها بالاستئناف هى الأحكام الصادرة بصفة ابتدائية، يهمنا إذن تحديد معنى ابتدائية الأحكام القضائية وهذا ما نتناوله فى المبحث الأول.

ومن جهة أخرى، فإن التساؤل يثور حول تحديد اللحظة التى يجوز فيها ولوج طريق الطعن بالاستئناف ، ونقصد بذلك أنه يجب معالجة الطعن المباشر والطعن مع الحكم المنهى للخصومة وهذا ما نكرس له المبحث الثانى من هذا الفصل.

المبحث الأول
تحديد متى يعتبر الحكم ابتدائيا
يجوز الطعن فيه بالاستئناف

٦٦- هناك قاعدة عامة وهى أن الأحكام الابتدائية هى فقط التى يجوز الطعن فيها بالاستئناف، ونتولى فى مطلب أول تحديد هذه القاعدة العامة. وفى مطلب ثان نتولى تحديد القواعد الخاصة بتقدير قيمة الدعوى فى الاستئناف.

ثم أن هناك استثناء يرد على هذه القاعدة العامة، ومؤداه أن هناك

بعض الأحكام يجوز الطعن فيها فى جميع الأحوال بالاستئناف حتى ولو كانت انتهائية ، هذا الاستئناف نتولى دراسته فى المطلب الثالث من هذا المبحث.

المطلب الأول

القواعد العامة التى تحدد متى يكون الحكم ابتدائياً قابلاً للطعن فيه بالاستئناف

٦٧- تنص المادة ٢٢٣ من قانون المرافعات المصرى على أن : "تقدير قيمة الدعوى فيما يتعلق بنصاب الاستئناف وفقاً لأحكام المواد من ٣٦ إلى ٤١ ولا تحتسب فى هذا التقدير الطلبات غير المتنازع فيها، ولا المبالغ المعروضة عرضاً فعليا(١).

وتنص المادة ٢٢٤ من ذات القانون على أن : " إذا قدم المدعى عليه طلباً عارضاً كان التقدير على أساس الأكبر قيمة من الطلبين: الأصلى أو العارض.ومع ذلك إذا كان موضوع الطلب العارض تعويضات عن رفع الدعوى الأصلية أو عن طريق السلوك فيها فتكون العبرة بقيمة الطلب الأصلى وحده".

وفى ذات السياق تنص المادة ٢٢٥ من قانون المرافعات على أنه: " يكون التقدير بمراعاة القواعد المتقدمة على أساس آخر طلبات للخصوم أمام محكمة الدرجة الأولى".

وأخيراً تنص المادة ٢٢٦ من ذات القانون على أنه :" جميع الأحكام الصادرة قبل الفصل فى موضوع الدعوى يراعى فى تقدير نصاب استئنافها قيمة الدعوى".

---

(١) ارجع أحدث تعديلات أدخلت على قواعد التقدير ، القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر "أ" سنة ١٩٩٩. بتاريخ ١٩٩٩/٥/١٧ويعمل به اعتباراً من ١٦ يوليو ١٩٩٩. .

سبق لنا الإشارة حين تعرضنا لبحث الأحكام التى لا تقبل الاستئناف إلى الإشارة إلى النصاب الذى تحكم فيه محاكم الدرجة الأولى ويكون حكمها انتهائياً غير قابل للطعن فيه بالاستئناف حسب القواعد العامة.

وفى نطاق تحديد الأحكام التى تقبل الطعن فيها بالاستئناف فإن هناك مجموعة نمن القواعد لمعرفة قابلية الحكم الصادر من محكمة أول درجة للطعن فيه بالاستئناف يجب الرجوع فيها إلى قيمة القضية، وليس إلى قيمة ما يحكم به القاضى، والحكمة من ذلك مفهومة، فلو جعلنا المناط فى قابلية الحكم للاستئناف أو عدم قابليته للطعن فيه بهذا الطريق لما يحكم به القاضى ، لاستطاع هذا الأخير أن يجعل أحكامه انتهائية غير قابلة للاستئناف(١).

ومع هذا فقد توجد نصوص فى قوانين خاصة تجعل قابلية الحكم للاستئناف مرتبطة بقيمة ما يحكم به، وليس بقيمة القضية الصادر فيها الحكم مثال ذلك ما تنص عليه بعض المواد المتعلقة بالأحكام الصادرة فى مواد الأحوال الشخصية(٢).

ومن جهة أخرى فالمادة ٩١٩ مرافعات من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩تنص على حالة من الحالات التى يرتبط فيها قابلية الحكم للاستئناف بقيمة ما يحكم به، وفى هذا المعنى نراجع أيضاً المادة٩٧٢ من قانون المرافعات السابق والمعمول بها فى ظل قانون المرافعات الحالى(٣).

ومن جهة ثانية، فإن قابلية الحكم للاستئناف لا ترتبط بالتكييف الذى تمنحه محكمة أول درجة للحكم الصادر منها. فمن المقرر فقهاً وقضاء أنه ليس لقاضى أول درجة أن يغير وصف الحكم كما يحدده القانون. فإن فعل كان من سلطة المحكمة الاستئنافية تحديد الوصف الصحيح، وبالتالى

---

(١) فتحى والى، ص ٥٦١.

(٢) محمد كمال عبد العزيز، ص ٣٥٠ وما بعدها.

(٣) محمد كمال عبد العزيز، ص ٣٤٠ وما بعدها.

تحديد ما إذا كان الحكم يقبل أو لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف(١).

ومن جهة ثالثة، فإنه إذا قضت محكمة أول درجة بعدم اختصاصها قيميا بنظر الدعوى، وأعملت المادة ١١٠ من قانون المرافعات وأحالت الدعوى إلى المحكمة المختصة قيميا، فإن هذه الأخيرة تلتزم بالتقدير الذى قامت به المحكمة التى أحالت الدعوى، هذا التقدير تكون له قوة أيضا بالنسبة لقابلية الحكم الصادر فى الدعوى للاستئناف(٢).

وفى هذا المعنى جرى قضاء النقض على أن الحكم فى الموضوع ينطوى على قضاء ضمنى بالاختصاص بما يجيز الطعن بالاستئناف ولو كان صادرا فى حدود النصاب الانتهائى متى كان مخالفا لقواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام(٣).

ومن نافلة القول أن نعيد التذكرة بأن نصاب الاستئناف يختلف بحسب ما إذا كانت الدعوى جزئية أو ابتدائية، فالدعاوى الجزئية تكون الأحكام الصادرة فيها قابلة للاستئناف متى جاوزت قيمتها ألفى جنيها، والدعاوى الكلية تكون الأحكام الصادرة فيها قابلة للاستئناف متى جاوزت قيمتها عشرة آلاف جنيها. هذا هو ما يسمى بقاعدة النصاب فيما يتعلق بالطعن بالاستئناف، وقد سبقت الإشارة إلى كل ذلك فيما سبق(٤).

٦٨- وقواعد تقدير قيمة الدعوى فيما يتعلق بالاستئناف تنتظمها مجموعتين من القواعد، المجموعة الأولى هى القواعد العامة فى تقدير

---

(١) فتحى والى، ص ٥٩٢.
- أبو الوفا، الأحكام، ص ٢٨٩

(٢) نقض مدنى ١٩٧٢/٥/٩ مجموعة النقض س ٢٣ ص ٨٢٨.
- نقض مدنى ١٩٦٦/٣/٩ مجموعة النقض س ١٧ ص ٥١٥.

(٣) حكم الهيئة العامة للمواد المدنية ١٩٨٨/٤/٢٧ ط. ٣١٢ س ٥٧ ق.

(٤) نقض مدنى ١٩٥٧/٤/٢٥ مجموعة النقض س٨ ص ٤٥١.
- نقض مدنى ١٩٧٦/١٠/١٧ مجموعة النقض س ١٨ ص ١٥٢١.

قيمة الدعوى والمنصوص عليها فى المواد من ٣٦ إلى ٤١[١] من قانون المرافعات، والمجموعة الثانية تنتظمها القواعد المنصوص عيها فى المواد من ٢٢٣ إلى ٢٢٦ من قانون المرافعات. والقواعد العامة فى تقدير قيمة الدعوى تفيد فى أعمال وتحديد قاعدة النصاب. بمعنى أنه يوجد نوع من الارتباط بين قواعد النصاب وقواعد تقدير قيمة الدعوى. ويحسن بنا هنا استعراض قواعد تقدير قيمة الدعوى المنصوص عيها فى المواد من ٣٦ إلى ٤١ من قانون المرافعات ، هذا الاستعراض سوف نركز فيه فقط على المسائل الخلافية فيما يتعلق بأعمال القواعد العامة فى تقدير قيمة الدعوى.

٦٩- فحسب نص المادة ٣٦ من قانون المرافعات، فإن الدعوى تقدر باعتبارها يوم رفع الدعوى، ويدخل فى التقدير ما يكون مستحقاً يومئذ من الفوائد والتعويضات والمصاريف وغيرها من الملحقات المقدرة القيمة، كذا طلب ما يستجد من الأجرة بعد رفع الدعوى إلى يوم الحكم فيها. وفى جميع الأحوال يعتد بقيمة البناء أو الغراس إذا طلبت إزالته، ويكون التقدير على أساس آخر طلبات الخصوم.

وبالنظر إلى هذا النص ، فإن تحديد قيمة الدعوى، وبالتالى تحديد نصاب الاستئناف ، ينظر فيه إلى قيمة ما يطلب ، أى قيمة الشئ المطالب به، وبالتالى فلا ينظر إلى قيمة ما يعود على الطالب من منفعة نتيجة حصوله على ما يطلب[٢].

ولا يتأثر تحديد قيمة الدعوى بالوسائل التى يؤيد بها الخصم طلبه[٣] سواء صدرت هذه الوسائل من المدعى أو المدعى عليه. ومع ذلك فيجب أن يلاحظ أن لبعض الدفوع أثر فى تحديد اختصاص المحكمة ، مثال ذلك

(١) معدلة بالقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٨٠ والسابق الإشارة إليه . والقانون رقم١٨لسنة١٩٩٩.

(٢) فتحى والى ، قانون القضاء المدنى، ص ٢٢٢ .

- عبد الباسط جميعى، نظرية الاختصاص فى قانون المرافعات، ص ٤٥.

(٣) إبراهيم سعد، ص ٤٥٢.

إذا ما أثار المدعى عليه مسألة أولية تخرج من اختصاص المحكمة العادى، كما أن المنازعة فى الحق كله إذا كان المطلوب جزء منه يؤثر فى تقدير قيمة الدعوى، وبالتالى يؤثر فى تحديد نصاب الاستئناف(١). ويعتد بتقدير قيمة الدعوى وقت رفعها ، أى لحظة إيداع صحيفتها قلم الكتاب.

وبناء على ذلك فلا عبرة بتغيير قيمة الطلب من الناحية الاقتصادية بعد تقديمه فى الاختصاص، وفى قابلية الحكم الصادر للاستئناف، فى حالة ما إذا كان الطلب بحسب قيمته مما يجوز الطعن في الحكم الصادر فيه بالاستئناف(٢). وعلى ذلك تكمن فى أنه يجب عدم المساس بمراكز الخصوم التى تكون قد تحددت بلحظة رفع الطلب القضائى. ولكن هذه القاعدة لا تعنى عدم الاكتراث بتعديل المدعى لطلباته، بل أن العبرة فى هذه الحالة هى بطلبات الخصوم المعدلة، إذ لهم أن يعدلوا طلباتهم اثناء نظر الدعوى وفى مذكراتهم أثناء حجز القضية للحكم متى كانت المحكمة قد رخصت بتقديمها فى أجل معين، وقدمت المذكرة فى هذا الأجل ، وأطلع عليها الخصم ، وكان ذلك قبل قفل باب المرافعة(٣).

ويدخل فى تقدير قيمة الطلب الفوائد والتعويضات والمصاريف وغيرها من الملحقات بشرط أن تكون مستحقة يوم رفع الدعوى ومقدرة القيمة. والملحقات فى أعمال نص المادة ٣٦من قانون المرافعات هى التى تقوم بقيام الطلب الأصلى وتنعدم بإنعدامه(٤). ويجب أن تكون هذه

---

(١) نقض مدنى ١٩٧١/٣/١٨ مجموعة النقض س ٢٢ ص ٣٣٤.
(٢) نقض مدنى ١٩٦٦/٢/٢٤ مجموعة النقض س ١٧ ص ٤٦٧ .
- نقض مدنى ١٩٥٣/١٢/٣ مجلة المحاماة س ٣٥ ص ١٠٦٨.
(٣) كمال عبد العزيز ، ص ١٤٠
- نقض مدنى ١٩٧٠/٦/٢ مجموعة النقض س ٢١ ص ٩٦١.
(٤) طنطا الابتدائية ١٩٥٢/١١/٢٤ المحاماة ٣٥ ص ٨٣٧.

الملحقات قد طلبت بالفعل، فالقاضى لا يحكم إلا بما يطلبه الخصوم[1].

ويجب أن تكون هذه الملحقات مقدرة القيمة ومستحقة الأداء يوم رفع الدعوى وذلك حتى يمكن أن تضاف قيمتها إلى قيمة الطلب الأصلى، ويتحدد بها الاختصاص وقابلية الحكم للاستئناف[2]. أما التعويضات فيجب أن تكون عن ضرر حادث قبل رفع الدعوى[3]. أما المصاريف فلا يقصد بها مصاريف الخصومة التى بدأت فهذه لم تستحق بعد، وإنما يقصد بها ما عداها من مصاريف، مثل مصاريف الحراسة، أو مصاريف إرسال البضاعة، أو تخزينها، أو المحافظة عليها[4].

وإذا تضمنت الدعوى طلبات تعتبر مندمجة فى الطلب الأصلى فتقدر قيمتها بقيمة هذا الطلب وحده، والطلب يكون مندمجاً فى الطلب الأصلى حيثما يكون القضاء فى الطلب الأصلى فيه، وبشرط ألا يقوم نزاع خاص حول الطلب المندمج، فإذا قام نزاع حول الطلب المندمج فيجب تقدير كل طلب على حده، ويرى البعض أن الطلبات المندمجة ما هى إلا طلبات ملحقة بالطلب الأصلى، وكل طلب مندمج ما هو إلا طلب ملحق غير قابل للتقدير[5].

ومن جهة أخرى فإنه يضاف إلى قيمة الطلب الأصلى قيمة ما يستجد من أجرة بعد رفع الدعوى وإلى يوم الحكم فيها. وهذا ما تنص عليه صراحة مستحقا عند رفع الدعوى، والواقع أن المادة ٣٦ فى هذا الصدد قد قننت ما جرى عليه القضاء المصرى ،ومن جهة أخرى فإن

---

(١) فتحى والى ، ص ٢٢٤.

(٢) عبد الباسط جميعى، مبادئ المرافعات، ص ٢٣٠.

(٣) فتحى والى ، ص ٢٢٥.

(٤) كمال عبد العزيز ، ص ١٤١ .

(٥) رمزى سيف، الوسيط، ص ٤٢٥ .

- من هذا الرأى : فتحى والى، ص ٢٢٥ ، هامش٢ .

طلب ما يستجد من الأجرة له ذات طبيعة الطلب الأصلى[1]. ومن جهة أخرى فإنه يضاف إلى قيمة الطلب قيمة البناء أو الغراس الذى يطلب إزالته.

وتقدير قيمة الدعوى إذا كان يتم يوم رفعها، فإنه بناء على ما للخصوم من سلطة تعديل طلباتهم إلى ما قبل باب المرافعة فإن التقدير يتم وفقاً للطلبات الختامية. وطلبات الخصوم التى يثبتون عليها حتى إقفال المرافعات تسمى بالطلبات الختامية.وتتقيد المحكمة فى ضوء ما سلف بالطلبات الختامية[2]. وعلى ذلك فإذا أغفل المدعى فى مذكراته الختامية التى حدد فيها طلباته تحديداً جامعاً بعض الطلبات التى كان قد أوردها فى صحيفة افتتاح الدعوى فإن فصل المحكمة فى هذه الطلبات الأخيرة يكون قضاء بما لم يطلبه الخصوم[3]. وإعادة التقدير على ضوء طلبات الخصوم الختامية هو مجرد تقدير الطلب فى يوم رفعه[4]. فالطلب الختامى هو الذى يعبر عن القيمة الحقيقية للدعوى. ويشترط لذلك أن يتعلق الأمر بتعديل للطلب الأصلى، وليس بطلب جديد، ففى هذه الحالة الأخيرة يبقى الطلب الأصلى كما هو وينظر إلى الطلب الجديد كطلب عارض[5]. ومن جهة أخرى فإن ضم الدعاوى المختلفة سبباً وموضوعاً لا يؤثر فى نصاب الاستئناف الذى ينظر فيه إلى قيمة كل دعوى على حدة[6].

وفى كل الأحوال يجب تطبيق قواعد تقدير قيمة الدعوى الصادرة بقانون جديد فور نفاذ هذا القانون ما لم يكن باب المرافعة قد قفل فى

---

(١) فتحى والى ، ص ٢٢٦.

(٢) نقض مدنى ١٩٦٦/٦/١٤ مجموعة النقض س ١٧ ص ١٣٧٣.

(٣) نقض مدنى ١٩٦٦/٦/٩ مجموعة النقض س ١٧ ص ١٣٤٢.

(٤) أحمد مسلم. تقدير الدعوى المتضمنة طلب إزالة بناء تبعاً لطلب أصلى، مجلة القانون والاقتصاد ١٩٥٩ ص ٩٩٩.

(٥) فتحى والى، ص ٢٢٧.

(٦) استئناف القاهرة ١٩٧٣/١/٣١ القضية ٣٧٤٦ س ٨٧ ق.

الدعوى. وقواعد تقدير قيمة الدعوى تتعلق بالنظام العام.

وحسب نص المادة الثانية من قانون إصدار قانون المرافعات المصرى الجديد فإنه إذا كانت الدعوى قائمة عند نفاذ القانون الجديد أمام محكمة الدرجة الثانية فى استئناف حكم صادر من محكمة الدرجة الأولى، وكان القانون الجديد قد عدل قواعد تقدير قيمة الدعوى على النحو المتقدم، فيجب على محكمة الدرجة الثانية أن تعيد تقدير قيمة الدعوى على أساس القانون الجديد،وإذا لم تكن مختصة بنظرها وجب عليها أن تحيل الاستئناف إلى المحكمة المختصة[1].

٧٠- إذا كان ما سبق لنا ذكره فى خصوص النظر إلى قيمة ما يطلب حتى يمكننا تقدير قيمة الدعوى، فإن ذلك يدخل فى مبحث أساس تقدير قيمة الدعوى.

ومن الأسس التى تتخذ لتحديد قيمة الدعوى فى حالة تعدد الطلبات.

وتعدد الطلبات ومدى تأثيره على قواعد تقدير قيمة الدعوى لا يكون إلا حيث يعتد القانون فقط بقيمة الدعوى كأساس لتحديد المحكمة المختصة، أما حيث تكون العبرة بنوع الدعوى بالنسبة لأحد الطلبات فلا يجرى جمع هذه الطلبات معا، وينظر إلى كل طلب على حدة. كما يلاحظ أن القول بجمع الطلبات المتعددة أو عدم جمعها إنما يتعلق بالطلبات المقدمة من المدعى . فلا تجمع طلبات المدعى إلى تلك المقدمة من المدعى عليه أو الغير مهما كانت الرابطة بينهما.

ويلاحظ من جهة أخرى أن طلبات ا لمدعى تجمع قيمتها عند وحدة السبب سواء قدمت معا أو قدمت تباعا[2].

وتعدد الطلبات قد ينظر إليه فيما يتعلق بتعدد الطلبات الأصلية،

---

(١) أبو الوفا. التعليق ج١ ص ١٩٤.

(٢) نبيل عمر . سبب الطلب القضائى، رسالة، بوردو- ١٩٧٧-ص ٢٠ وما بعدها
- نبيل عمر. سبب الطلب القضائى أمام محكمة الاستئناف، ص ٣٢ وما بعدها.

وهذه الطلبات قد تكون مستقلة بعضها عن بعض رغم أنها أصلية.

والمعيار فى هذا الصدد ، ودون دخول فى التفاصيل، يرتكز على سبب هذه الطلبات المتعددة. فإذا كانت كلها ترتكز على سبب واحد فإنها تقدر باعتبار مجموعها. أما إذا كانت ناشئة عن أسباب مختلفة فإنها تقدر باعتبارها مستقلة[1]. ويقصد بسبب الطلب القضائى فى هذا المجال مجموع الوقائع المولدة للحق المدعى به[2].

ويجب عدم الخلط بين فكرة السبب ، الذى يتخذ هنا كمعيار لجمع أو عدم جمع الطلبات المتعددة، وفكرة الوسيلة أو الأدلة التى يؤيد بها المدعى سبب الدعوى.

فهذه الوسائل والحجج قد تكون واقعية أو قانونية أو يختلط فيها الواقع بالقانون، مثال ذلك المحررات أو السندات التى تثبت السبب.

فالعبرة فى تقدير قيمة الدعوى عند تعدد الطلبات هى بوحدة أو تعدد السبب فقط. ومن جهة أخرى فإن سبب الطلب القضائى يعتبر مختلفا ولو كان من نفس النوع، ولهذا فإنه إذا أبرم شخص عقدا للعمل لدى آخر، ثم أبرم عقد عمل ثان لدى شخص آخر ورفع دعوى يطلب فيها مرتب متأخر عن العقدين. هنا تقدر كل دعوى على حدة. ونفس الحل يسرى إذا كان العقد قد تم إبرامهما مع نفس الشخص وإنما اختلف نوع العمل أو ميعاده أو شروطه[3]. ومحكمة الموضوع لها مطلق السلطة فى تقدير وحدة السبب أو اختلافه، ولا رقابة لمحكمة النقض على قاضى الموضوع ما دام قد أقام قضائه على وقائع تبرر هذا القضاء. ومن التطبيقات القضائية على ذلك ما جرى عليه قضاء المحاكم من أن معنى السبب

---

(١) فى هذا المعنى ، إبراهيم سعد، ص ٤٥٨.

(٢) فتحى والى، ص ٢٢٨.

(٣) نقض مدنى ١٩٦٤/١/٩ مجموعة النقض س ١٥ ص ٥٣.

القانونى لا ينصرف إلى الأدلة ووسائل الدفاع[1].

وأن الأجر وبدل الإنذار ومكافأة نهاية الخدمة والتعويض عن الفصل التعسفى كل هذا يعتبر طلبات ناشئة عن سبب قانون واحد هو عقد العمل[2]. ومن ذلك أيضا أن طلب إبطال البيع الحاصل من المفلس للصورية المطلقة وطلب إبطاله فى فترة الريبة وان اتحدا محلا وخصوما إلا أن السبب القانونى فى كل منهما مختلف[3] . وأنه إذا تعددت العقود التى تستند إليها الطلبات المتعددة فإن الأسباب تعتبر مختلفة وأن اتحدت هذه العقود فى نوعها[4].

٧١- وتنص المادة ٣٩ من قانون المرافعات على أنه :" إذا كانت الدعوى مرفوعة من واحد أو أكثر على واحد أو أكثر بمقتضى سبب قانونى واحد كان التقدير باعتبار قيمة المدعى به دون التفات إلى نصيب كل منهم فيه" . ونفس الشرح السابق لنا ذكره فى حالة تعدد الطلبات والخاص بفكرة السبب يصلح هنا أيضا . ويرى البعض أن المقصود بوحدة السبب فى خصوص المادة ٣٩ من قانون المرافعات هو أن تكون الواقعة التى تستند إليها الدعوى واحدة فلا يكفى تماثل السبب مع تعدد مصدر الواقعة . وفى ذلك تقول محكمة النقض أنه : " إذا كان الطلبان اللذان تضمنتهما الدعوى وان جمعتهما صحيفة واحدة إلا أنهما فى حقيقتهما دعويان مستقلتان كل منهما موجهة إلى فريق من المدعى عليهم ومطلوب فيها الملكية عن مقدار محدد ومستقل عن المقدار المطلوب فى الدعوى الأخرى، كما أن الدعويين لا تعتبران ناشئتين عن سبب قانونى واحد لأنه وإن كان السبب فيهما متماثلا وهو الغضب الواقع من المدعى عليهم فى الطلب الآخر، لأنه ليس ثمة توافق أو اشتراك بين الفريقين

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٨/٢/١٤ مجموعة النقض س١٩ ص ٣٩٠ .

(٢) نقض مدنى ١٩٦٣/٢/١٢ مجموعة النقض س ١٤ ص ٣٨٣ .

(٣) نقض مدنى ١٩٦٣/٢/١٤ مجموعة النقض س ١٤ص ٢٤٧ .

(٤) فتحى والى ،ص٢٢٩ ، وإبراهيم سعد، ص ٤٦٢، وعبد المنعم حسنى ص ٣٠٠

المدعى عليهما تربط الفعل الواقع من أحدهما بالفعل الواقع على الآخر ، متى كان ذلك فإنه لا ينظر فى تقدير قيمة الدعوى إلى مجموعة الطلبين وإنما تقدر باعتبار قيمة كل طلب منهما على حدة[1].

وفيما يتعلق بالالتزامات غير التعاقدية فقد ذهب رأى إلى أنه لا يكفى لتطبيق المادة ٣٩ من قانون المرافعات وحدة السبب، بل يجب أن يضاف إليه الاشتراك فى الدعوى[2]. والواقع أن إضافة الاشتراك فى الدعوى هو إضافة عنصر لم يشترطه النص، كما أن الفقه الإجرائى يكتفى بوحدة السبب دون النظر إلى نوع مصدر الالتزام[3]. والواقع أنه بصدد الالتزامات غير التعاقدية فإن الخلاف قد ثار فى الفقه الفرنسى بصدد الدعاوى التى يتعدد فيها الخصوم. وكان أساس الخلاف ينحصر فى أن البعض كان قد أدخل فى فكرة السبب عنصر الضرر بجانب الفعل الضار. فقيل أن الضرر يختلف بالنسبة لكل المضرورين مما يترتب عليه اختلاف فى السبب[4]. ولكن الرأى الراجح فى هذا المجال هو أن اختلاف الضرر لا يخل بوحدة السبب ما دامت الواقعة المنشئة للمسئولية، التى تساوى السبب بالمعنى الصحيح ، واحدة[5]. والعبرة إذن بالفعل الضار ذاته الذى يرتب المسئولية، فإذا كان واحدا قدرت الدعوى بمجموع الطلبات ولو تعدد المدعون والمدعى عليهم.

٧٢- تثير الحالة التى يوجد فيها طلب أصلى وطلب احتياطى مشكلة بالنسبة لتقدير قيمة الدعوى. وصورة هذه الحالة هى أن يتقدم المدعى بطلبين أحدهما أصلى، والآخر احتياطى، والهدف من هذا الطلب

---

(١) كمال عبد العزيز ، ص ١٥٤.

- نقض مدنى ١٩٦٦/٢/١٠ مجموعة النقض س ١٧ ص ٢١٩.

(٢) نقض جنائى ١٩٤٦/٥/٢١ وتعليق محمد عبد الله مجموعة عمر ج ٧ص ١٤٤.

(٣) أبو الوفا. المدونة ج ٢ بند ١١٠١ .

(٤) نقض جنائى ١٩٤٦/٥/٢١ المحاماة س٢٧ ص١٨٠ .

(٥) إبراهيم سعد، ص ٤٦٥ هامش ١.

الاحتياطى هو أن المدعى يواجه الحالة التى يحتمل فيها ألا تجيبه المحكمة إلى طلبه الأول. والأصل أن يفصل فى الطلب الاحتياطى إذا رفض الطلب الأصلى(١).

ولم يحدد القانون طريقة تقدير قيمة الدعوى فى هذه الحالة. وإنما إجماع الفقه منعقد على أن الدعوى تقدر بالأكبر قيمة من الطلبين الأصلى أو الاحتياطى(٢). فإذا طالب أحد الخصوم بشئ بصفة أصلية وكانت له قيمة مقدرة، وطالب احتياطيا بشئ غير مقدر القيمة، فإذا كان الأول أكثر قيمة كان التقدير باعتباره كذلك.

ويرى بعض الفقه فى مصر أن هذا الحل يفترض أن الطلبين الأصلى والاحتياطى موجهان لشخص واحد. فإذا كان الطلب الأصلى موجها لشخص والاحتياطى موجها لآخر فى نفس الخصومة،فهنا يجب تطبيق القاعدة التى نص عليها القانون بصدد حالة تعدد الخصوم أى النظر إلى وحدة السبب أو تعدده(٣) . ومن جهة أخرى فإن البحث فى قيمة الطلب الاحتياطى يكون له محل إذا كان من شأن الطلب الأصلى عدم التأثير فى اختصاص المحكمة الجزئية المرفوعة إليها الطلبين. لأن عدم اختصاص المحكمة بالطلب الأصلى قيميا يجعلها غير مختصة بالنظر فى الطلب الاحتياطى حتى ولو كان بحسب قيمته مما يدخل فى اختصاصها عملا بقاعدة أن الفرع يتبع الأصل(٤).

والوضع مختلف أمام المحكمة الابتدائية، فإذا قدم أمامها طلب أصلى وطلب احتياطى وتبينت أن قيمة الطلب الأصلى يدخل فى

---

(١) إبراهيم سعد، ص ٤٦٢.

(٢) فتحى والى، ص ٢٢٧. وأحمد أبو الوفا. ص ٢٠٢.

(٣) فتحى والى، ص ٢٢٧ هامش ٤، وإبراهيم سعد،ص ٤٦٣.

-نقض مدنى ١٩٦٨/٤/٤ مجموعة النقض س ١٩ ص ٧٣٥.

(٤) إبراهيم سعد، ص ٤٦٣ ، ونقض مدنى ١٩٥٤/١/٧ مجموعة النقض س ٢٥،ج ١ ص ١٥١.

اختصاص المحكمة الجزئية ، فإنها تلتزم بأن تتعرض للطلب الاحتياطى الذى يدخل فى اختصاصها وتفصل فيه. كما أن لها أن تنظر الطلبين وتقدر قيمة الدعوى هنا بالأكبر قيمة، أى بقيمة الطلب الاحتياطى.

واستئناف الحكم الصادر فى الطلب الاحتياطى بطرح بقوة القانون الحكم الصادر فى الطلب الأصلى. وقد حكمت محكمة النقض فى هذا الشأن بأن مؤدى المادة ٢/٢٢٩ مرافعات هو أن رفع الاستئناف من المحكوم عليه فى الطلب الاحتياطى يستتبع اعتبار الطلب الأصلى مطروحاً على محكمة الاستئناف بقوة القانون دوم حاجة لرفع الاستئناف بشأن المستأنف عليه، ويكون لزاماً على هذه المحكمة إذا ما ألغت الحكم الابتدائى وقضت برفض الطلب الاحتياطى أن تعرض للطلب الأصلى وتقضى فيه، ما لم يصدر من المستأنف عليه ما يفيد نزوله عنه بقضاء صريح أو ضمنى[1].

وعلى محكمة الاستئناف إذا ألغت الحكم الصادر فى الطلب الأصلى أن تعيد القضية إلى أول درجة لتفصل فى الطلبات الاحتياطية . كما أن هذه القاعدة تنطبق سواء كان الطلبات الأصلى والاحتياطى مقدمين من المدعى فى الدعوى الأصلية أم مقدمين من المدعى عليه فيها بطلب عارض ضمنه طلباً أصلياً وطلباً احتياطياً .

ومن جهة أخرى يلاحظ أن من حكم برفض طلبه الأصلى قبل الفصل فى طلبه الاحتياطى وإن كان لا يجوز له الطعن مباشرة وعلى استقلال فى الحكم الصادر فى الطلب الأصلى لأنه لم ينهى كل الخصومة (مادة ٢١٢). إلا أنه ينفتح له ميعاد استئنافه بانفتاح ميعاد الطعن فى الحكم المنهى للخصومة وهو الحكم الذى يصدر فى الطلب الاحتياطى ولو كان صادراً بإجابته إليه . وبناء على ذلك وبافتراض أن المحكم عليه فى

---

(١) نقض مدنى ١٩٨٩/١/٢٦ ط ٣١١ س ٥٢ق.

- نقض مدنى ١٩٨٥/١١/٢٦ ط ١٤٩٤ س ٥١ق.

الطلب الاحتياطى لم يستأنف الحكم الصادر بقبوله ، فإنه لا مناص من القول بان استئناف المحكوم عليه فى الطلب الأصلى يستتبع طرح الحكم الصادر لصالحه فى الطلب الاحتياطى حتى لا يحكم له بالطلبين معا.

٧٣- كل هذا يتعلق بدراسة بعض المسائل التى تثير الخلاف بصدد تقدير قواعد قيمة الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولى. درسنا هذه المسائل لأن قواعد تقدير قيمة الدعوى فى الاستئناف قد أحالت إليها. ولم نلتزم فى هذه الدراسة نصوص المواد من ٣٦ إلى ٤١ من قانون المرافعات التزاما حرفيا ، بل قصرنا البحث على بعض المسائل المختلف عليها.

وحتى فى استعراضنا لهذه المسائل فإننا كنا نعالج بعض أسس تقدير قيمة الدعوى. أما عن كيفية هذا التقدير الذى يختلف بحسب ما إذا كان محل الطلب القضائى مبلغا نقديا، أو حقا عينيا أصليا أو تبعيا ، أو منقولا أو غير ذلك فإننا نحيل بصددها إلى المراجع العامة[1].

ومن جهة أخرى فإن المادة ٤١ من قانون المرافعات تنص على أنه إذا كانت الدعوى بطلب غير قابل للتقدير بحسب القواعد المتقدمة اعتبرت قيمتها زائدة على ١٠٠٠٠ جنيه. ومن المعروف أن الأصل فى الدعاوى أنها معلومة القيمة. ولا يخرج عن هذا الأصل إلا الدعاوي التى ترفع بطلب غير قابل للتقدير، وهى لا تعد كذلك إلا إذا كان المطلوب فيها مما لا يمكن تقدير قيمته طبقا لأية قاعدة من قواعد تقدير الدعاوى التى أوردها قانون المرافعات[2]. هذه الدعاوى غير القابلة للتقدير افترض فيها

---

(١) إبراهيم سعد، ص ٤٦٣.
- أبو الوفا. التعليق،ص ٢١٠
- فتحى والى، ص ٢٣٥ .
- كمال عبد العزيز، ص ١٥٠ .
- عبد الباسط جميعى، ص ٢٢٦.

(٢) محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق،ص ١٥.
- نقض مدنى ١٩٦٧/١٢/١٢ مجموعة النقض س ١٨ص ١٨٥٦.=

المشرع أن قيمتها تزيد على عشرة آلاف جنيه. وترتب على ذلك، أنها تدخل دائما فى اختصاص المحكمة الابتدائية القيمي.وترتب على ذلك أيضا أن الحكم الصادر فيها هو دائما حكما ابتدائيا قابلا للطعن فيه بالاستئناف[1]. وتجدر الإشارة فى هذا المقام إلى أن المشرع قد يمنح للمحكمة الجزئية الاختصاص بنظر بعض الدعاوى رغم عدم قابليتها للتقدير. وفى مثل هذه الأحوال فإن المشرع يرتكز على معيار آخر لتحديد الاختصاص.هذا المعيار هو نوع القضية. مثل ذلك الدعاوى المستعجلة[2]

ومن جهة أخرى، فقد يحدث فى بعض الأحوال أن تتبع الطلبات غير المقدرة القيمة طلبا أصليا مقدرا القيمة، كطلب تسليم العين المؤجرة التابع للطلب الأصلى بفسخ عقد الإيجار، فى مثل هذه الأحوال لا يعتد بقيمة الطلبات التابعة غير المقدرة القيمة، ويعتد فقط بقيمة الطلب الأصلى فى تحديد الاختصاص وقابلية الحكم الصادر للطعن فيه بالاستئناف[3].

ويفرق بعض الفقه[4]، والقضاء بين الدعوى غير القابلة للتقدير وبين الدعوى غير المقدرة القيمة، فهذه الأخيرة تقوم المحكمة بتقديرها إعمالا للقواعد الواردة فى المواد من ٣٦ إلى ٤١ من قانون المرافعات، أما الدعاوى غير القابلة للتقدير فتدخل فى حكم المادة ٤١ مرافعات وتعتبر قيمتها أكثر من ١٠٠٠٠ جنيه.

ومن جهة أخرى فيجب التفرقة بين الدعوى غير القابلة للتقدير وبين الدعوى غير المحددة[5].

= - عبد الباسط جميعى. نظرية الاختصاص فى قانون المرافعات ، ص ٥٩.

(١) إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٤٧٠.

(٢) إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٤٧١.

(٣) نقض مدنى ١٩٦٠/١٢/١ مجموعة النقض س١١ ص ٦٠٣.

(٤) عبد المنعم حسنى. المرجع السابق، ص ٣٠١ .

(٥) نقض مدنى ١٩٦٤/٢/٦ مجموعة النقض س ١٥ص ٢٢٣.

- نقض مدنى ١٩٦٠/١٢/١ مجموعة النقض س ١١ ص ٦٠٣.=

وفى هذا المعنى تقول محكمة النقض: " إن المقدار فى الدعوى غير المحددة، وان بدا مجهولا إلا أنه فى الواقع معلوما وقت الحكم ويمكن تحديده من واقع أوراق الدعوى أو بعد التحرى بمعرفة قلم الكتاب(١).

ومن جهة أخرى يرى بعض الفقه فى مصر بصدد انتقاده للمادة ٤١ من قانون المرافعات أنه كان الأجدر بالمشرع المصرى أن يجعل جميع الطلبات غير القابلة للتقدير من اختصاص المحكمة الابتدائية وان ينص على قابلية الحكم الصادر فيها للاستئناف دائما(٢).

ويستند هذا الفقه فى رأيه هذا على أسس مستمدة من أن هذا الاقتراح يكفل لهذا النص الاستقرار نظرا لدوام تغير سعر العملة، وان هذا الاقتراح يتمشى أيضا مع الميزة أو المنفعة التى توجد فى هذه الدعاوى، والتى من الممكن أن تقل عن المبلغ المحدد فى هذه المادة.

والواقع أن النص الحالى يحقق ذات هذه النتائج. وان هذا الرأى أن اعتمد على تغير قيمة العملة لوجب النظر فى كل النصوص التى تعتمد على مبلغ معين فى تحديد الاختصاص أو القابلية للطعن، وهذا ما لم يقل به أحد.

بل أكثر من هذا فلو أخذنا بالرأى السابق، لخرجنا من نطاق الاختصاص القيمى إلى نطاق الاختصاص النوعى، فتكون المحكمة الابتدائية مختصة- حسب الرأى السابق- بجميع الدعاوى غير القابلة للتقدير وهذا أيضا ما لم يقل به أحد.

- =إبراهيم سعد. المراجع السابق ،ص ٤٧٢.

(١) نقض مدنى ١٩٦٠/١٢/١ مجموعة النقض س ١١ ص ٦٠٣.

- فتحى والى . المرجع السابق ، ص ٢٣٥-٢٣٦.

- أبو الوفا التعليق ج١ ص ٢١٨-٢١٩.

(٢) أمينة النمر،تقدير قيمة الدعوى ، ص ٢١٤.

ومن جهة أخرى فقد سبق القول أن بعض الطلبات غير القابلة للتقدير ينص المشرع على دخولها فى اختصاص محكمة أخرى غير المحكمة الابتدائية، والأخذ بالرأى السابق ، يؤدى إلى ضرورة إعادة النظر فى كل هذا .

ونشير أخيرا إلى أن الدعوى المجهولة القيمة التى يستحيل ماديا تقدير قيمتها والتى لم يجعل الشارع طريقة لتقديرها[١]. ومن أمثلة الطلبات غير القابلة للتقدير، طلب شطب البروتستو[٢]، وطلب التسليم الذى يبدى بصفة أصلية[٣]، طلب إعادة العامل إلى عمله[٤]، طلب الحكم بما يستجد من فروق فى المرتب[٥].

٧٤- بعد هذا الاستعراض للقواعد العامة فى تقدير قيمة الدعوى، والتى عرضنا لها بالضرورة ، نظرا لأن المواد المتعلقة بقواعد تقدير قيمة الدعوى فى الاستئناف قد أحالت إليها. فالمادة ٢٢٣ من قانون المرافعات تنص على أن :" تقدر قيمة الدعوى فيما يتعلق بنصاب الاستئناف وفقا لأحكام المواد من ٣٦ إلى ٤١ ولا تحتسب فى هذا التقدير الطلبات غير المتنازع فيها، ولا المبالغ عرضا فعليا). والآن نكون قد تهيئنا للدراسة التفصيلية لتقدير قيمة الدعوى فى الاستئناف وهذا ما نتناوله فى المطلب الثانى من هذا المبحث .

---

(١) دمنهور الابتدائية ١٩٥٣/١٢/٢٦ المحاماة س ٣٥ ص ٥٥٤.
(٢) الجيزة الابتدائية ١٩٦٠/٣/٢٢ المجموعة الرسمية س ٦٠ص ٦٩٥.
(٣) نقض مدنى ١٩٦٣/٢/١٤ مجموعة النقض س ١٤ ص ٢٥٨.
(٤) نقض مدنى ١٩٦٥/٢/٢٤ مجموعة النقض س ١٦ ص ٢٠٨.
(٥) شمال القاهرة الابتدائية ١٩٧٢/١٢/٢٠ القضية رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٧٢ عمال مستأنف.
- محكمة الدرب الأحمر الجزئية ١٩٥٩/١٢/١٥ المحاماة س ٤٢ص ٦١٥.

المطلب الثانى

القواعد الخاصة بتقدير نصاب الاستئناف

٧٥- تنص المادة ٢٢٣ من قانون المرافعات على أنه:" تقدر قيمة الدعوى فيما يتعلق بنصاب الاستئناف وفقا لأحكام المواد من ٣٦ إلى ٤١ ولا تحتسب فى هذا التقدير الطلبات غير المتنازع فيها ولا المبالغ المعروضة عرضا فعليا".

واضح من نص المادة ٢٢٣ سالفة الذكر أنه يوجد نوعين من الطلبات لا تحتسب قيمتها عند تقدير نصاب الاستئناف. نعالج فيما يلى الطلبات غير المتنازع عليها أولا، ثم نعقبها بدراسة المبالغ المعروضة عرضا فعليا لكى نبين تأثير عدم احتساب هذه الطلبات فى قابلية أو عدم قابلية الحكم الصادر للاستئناف.

٧٦- أولا: الطلبات غير المتنازع عليها:

تواجه هذه الحالة الوضع الذى يتقدم فيه المدعى بعدة طلبات تقوم على سبب قانونى واحد، ويتم جمع هذه الطلبات معا لمعرفة المحكمة المختصة. وبالتالى مدى قابلية الحكم الصادر للطعن فيه بالاستئناف. وبعد ذلك يأتى المدعى عليه ويقر بطلب منها ، أو لا ينازع فى طلب منها من هذه الطلبات أو عدم منازعته فى طلب من هذه الطلبات يعتبر قبولا منه لهذا الطلب[1]. هذا القبول يساوى إقرارا صادرا منه، هذا القبول يعتبر رضاء مسبقا بالحكم الصادر فى هذا الطلب مما يمتنع معه الطعن فيه بالاستئناف. وبناء على هذا القبول الذى يتضمن التنازل عن حق الطعن، فلا تحتسب فى تقدير قيمة الدعوى من حيث نصاب الاستئناف قيمة الطلبات غير المتنازع عليها.

والمثال الذى يضربه الفقه لهذه الحالة، الوضع الذى يرفع فيه

---

(١) فتحى والى، المرجع السابق، ص ٥٩٢.

شخص دعوى تتضمن العديد من الطلبات أمام المحكمة الابتدائية،فى ظل القانون السابق على القانون رقم ١٨لسنة١٩٩٩ والقانون الصادر سنة ١٩١ والتى تبلغ قيمتها ٦٠٠ جنيه، وهذه الطلبات تقوم كلها على سبب واحد، ثم يأتى المجنى عليه عليه ويقر أو لا ينازع فى مبلغ ٢٥٠ جنيهاً،أو ٣٠٠ جنيه منها ، وإنما ينازع فى الباقى، فيكون الحكم الذى يصدر فى الدعوى عندئذ غير قابل للاستئناف. ويرى البعض أن هذا الوضع قد يضر بالمدعى. لأنه إذا تنبه له ففى وسعه تعديل طلباته بالزيادة حتى يتمكن من الاستئناف إذا صدر الحكم ضده[١]. ويرى البعض أن نص المادة ٤٠ من قانون المرافعات المصرى يتضمن تطبيقاً تشريعياً لنص المادة ٢٢٣ من ذات القانون: فهذه المادة(٤٠ مرافعات) تنص على أن إذا كان الحق كله متنازعاً فيه ولم يكن الجزء المطلوب باقيا منه فيكون التقدير باعتبار قيمة الحق بأكمله[٢]. وتسير المحاكم على هذا المعنى فترى أنه لمعرفة قيمة الدعوى تحذف الطلبات التى لم يحصل فيها نزاع[٣].

ومن تطبيقات القضاء لهذه الحالة أنه إذا رفعت دعوى بعدة طلبات ناشئة عن سب واحد، وأقر المدعى عليه (الخصم) ببعضها قبل صدور الحكم فإن الدعوى تقدر بقيمة الباقى[٤]. وحكم بأنه إذا حول ورثة دينا لمورثهم (قابلاً للاستئناف) فنازع المدين فى صحة الحوالة ، فقضت المحكمة بإلزام كل وارث يرد ما تسلمه من المحال إليه، كان لكل منهم مستقلا الحق فى الاسئتناف، وان نقص نصيبه فى الدين عن نصاب الاستئناف، ولا يفوت عليه حقه هذا رضاء بقية الورثة المحكوم لهم بالحكم المستأنف لأن هذا الرضاء المفوت للاستئناف يجب أن يكون سابقاً على صدور الحم لاحقاً له، وسنعود لهذه الجزئية بالتفصيل فيما بعد[٥].

---

(١) عبد الباسط جميعى، مبادئ المرافعات، ص ٦٣٥-٦٣٦.

(٢) عبد المنعم حسنى، ص ٣٠٢.

(٣) قنا الابتدائية ١٩٥٠/١٠/٢٤ المحاماة س ٣١ ص ٩٩٨.

(٤) أبو الوفا، التعليق، ج١ ص ٦٨٥.

(٥) شبين الكوم ١٩٥٣/١١/١٨ المحاماة س ٣٣ص ٩٣٣.

٧٧- أما إذا اشتملت القضية على طلب واحد مقدم من جانب المدعى، فإن إقرار المدعى عليه بجزء منه لا يؤثر فى تحديد القيمة بالنسبة لقابلية الحكم الصادر فى هذا الطلب للاستئناف[١]. فالطلب الواحد لا تجوز تجزئته[٢]. ومن تطبيقات الحالة التى ندرسها الآن، حالة الوفاء الجزئى وهو الوفاء الذى يتناول جزءا من الدين المطالب به ويترتب عليه تخفيض قيمة الطلب[٣].

ويلاحظ أيضا أن قبول المدعى عليه أو عدم منازعته إذا ورد على جزء من الطلب وذلك إذا تعددت الطلبات وقامت على سبب واحد،فإن هذا القبول أو عدم المنازعة هذه لا يؤثر فى قابلية الحكم الصادر للاستئناف[٤]

ومن جهة أخرى ، فإذا كانت الدعوى تتضمن عدة طلبات لا تقوم كلها على سبب واحد،فإن هذه الطلبات لا تجمع،ولا يكون للقاعدة المنصوص عليها فى المادة٢٢٣ من قانون المرافعات أى مجال للعمل فى هذا المجال. بمعنى أن كل طلب يقدر على استقلال لمعرفة الاختصاص والقابلية للاستئناف. وإذا ورد عليه قبول أو عدم منازعة، فهذه الأمور تقدر بالنسبة لهذا الطلب على حدة. وتطبق فى هذا الحالة قواعد قبول الحكم قبل صدوره، والتى تستفاد من قبول المدعى عليه لطلبات خصمه مما يسقط حقه فى الطعن فى الحكم الصادر وبالتالى لا يكون هناك مجال للكلام عن قواعد لتقدير قيمة الدعوى فى الاستئناف[٥].

والإقرار أو عدم المنازعة الصادر من المدعى عليه بعد صدور الحكم ، يعتبر رضاء منه بالحكم الصادر فيما وقع به، فلا يؤثر فى جواز

---

(١) فتحى والى ، المرجع السابق، ص ٥٩٢.
(٢) أسيوط الكلية ١٩٣٢/٣/١ المحاماة س ١٣ص ٤٣٠.
(٣) عبد المنعم حسنى، المرجع السابق ، ص ٣٠٢.
(٤) كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص ٤٤٦.
(٥) أبو الوفا، الأحكام، ص ٨٨٢.
- أبو الوفا ، التعليق ،ج١ ص ٦٨٥.

استئناف الحكم فى الطلبات الأخرى. ويأخذ حكم الإقـرار بعـد صـدور الحكم الوفاء الجزئى أو الصلح(١). وإذا كان المطلوب فى الدعوى مبلغـاً من النقود وعرض المدعى عليه قبل الحكم فى الدعوى مبلغاً منه عرضـاً فعلياً، فإن هذا الجزاء يخصم من قيمة الدعـوى عنـد تقديـر نصـاب الاستئناف كما سوف نرى حالاً.

٧٨- ثانياً: المبالغ المعروضة عرضاً فعلياً:

من نص المادة ٢٢٣ من قانون المرافعات نستخلص أنه إذا كـان محل الطلب القضائى مبلغ من النقود، وقام المدعى عليه بعرض جزء منه عرضاً فعلياً على المدعى، فإن هذا الجزء لا يحسب فـى تحديـد قيمـة القضية بالنسبة للاستئناف.

وهذا الحكم يسرى حتى ولو لم يقبل المدعى هذا العـرض(٢)إذ لـم يكن لاعتراضه مبرر. ويشترط لذلك أن يتم العرض الفعلى قبل صـدور الحكم . ومثال على ذلك أنه إذا رفعت دعوى أمام محكمة جزئية بطلـب دين قدره ٣٠٠٠ جنيهاً وعرض المدعى عليه عرضاً فعلياً على المدعـى مبلغ ٢٠٠٠ جنيه قبل صدور الحكم فى الدعوى، ثم نازع فى الباقى فـإن الحكم الذى يصدر فى هذه الدعوى يكون غير قابل للاستئناف(٣).وذلك بعد صدور القانون رقم١٨لسنة١٩٩٩الذى عدل قواعد التقدير كما سبق القول.

---

(١) كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص ٤٤٦.

(٢) فتحى والى، ص ٥٩٢.

- يلاحظ أن قواعد الاختصاص القيمى تتعلق بالنظام العام. وعلى محكمة الدرجة الثانية أن تراقب صحة تقدير قيمة الدعوى من تلقاء نفسها، ولا يجـوز التمسـك بهذه المسائل أمام محكمة النقض لما يخالط الدفع بها من واقع كان يتعين طرحـه أمام محكمة الموضوع وهو التحقق من قيمة الدعوى.

- راجع نبيل عمر . النظرية العامة للطعن بالنقض فى المواد المدنية والتجارية منشأة المعارف ، ط أولى ١٩٨٠ ، ص ٣٠٠ وما بعدها.

- نقض مدنى ١٩٦٨/٥/٦ مجموعة النقض س ١٩ ص ٩١٤ .

(٣) استئناف مختلط ١٩٤٤/١٢/٢٧ ، التشريع والقضاء س ٥٧ ص ٣٣.

ويرى البعض أن عرض الشيك لا يقوم مقام عرض النقود، والواقع أن الشيك لا يعتبر وفاء كامل[1] ويشترط لاعتبار العرض الفعلى مؤثرا فى قيمة الطلب وبالتالى فى قابليته للاستئناف، أن يقبض المدعى الجزء المعروض فعلا. فالقاعدة حسبما تنص المادة ١/٣٤٢ مدنى هى أنه لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئيا لحقه، وتسرى هذه القاعدة حتى ولو كان الدين مما يقبل التجزئة بحسب طبيعته، كل ذلك ما لم يوجد اتفاق أو نص يسمح بجواز تجزئة الوفاء[2]. ولا يشترط فى هذه الحالة أن تكون الدعوى مرفوعة بعدة طلبات، بل تنطبق ولو كان موضوعها طلبا واحدا. ويشترط أن يتم العرض قبل صدور الحكم، كما سبق القول، لأن العرض الذى يتم بعد صدور الحكم قد يعتبر قبولا للحكم فى خصوص ما تم العرض فى شأنه فيمنع استئنافه فى هذه الحدود. ومع ذلك فهذا العرض اللاحق لا يؤثر فى نصاب استئناف الأجزاء الباقية، إذ يبقى مقدرا بقيمة الدعوى[3].

٧٩- تنص المادة ٢٢٤ من قانون المرافعات على أنه:" إذا قدم المدعى عليه طلبا عارضا كان التقدير على أساس الأكبر قيمة من الطلبين: الأصلى أو العارض. ومع ذلك إذا كان موضوع الطلب العارض تعويضات عن رفع الدعوى الأصلية أو عن طريق السلوك فيها فتكون العبرة بقيمة الطلب الأصلى وحده".

وقبل تحليل هذا النص ينبغى علينا أن نفرد دراسة تفصيلية لفكرة الطلبات العارضة . هذه الدراسة تهدف أساسا إلى بيان دور الطلبات العارضة فى تحديد الاختصاص، وفى تحديد قابلية الحكم الصادر فى النزاع للاستئناف.

---

(١) نقض مدنى ١٩٥٧/٦/١٢ مجموعة النقض س ٨ص ٥٧٦.

(٢) فتحى عبد الرحيم . دروس فى أحكام الالتزام ، ص ٣٥٢.

(٣) كمال عبد العزيز ، ص ٤٤٧ .

- أبو الوفا ، التعليق، ج ١ ص ٦٨٦.

من المعروف أنه يتولد عن تقديم الطلب الأصلى نشأة الخصومـــة. هذه الخصومة يتحدد فى الأصل، وكقاعدة عامة ، نطاقها من حيث المحل والسبب والخصوم بهذا الطلب الأصلى[1]. وخلال القرن التاسع عشر كان الفقه والقضاء ثابتان على مبدأ أنه لا يجوز تعديل نطاق النزاع أو تغيـير معالمه بعد تقديمه إلى القضاء. وكان ما ثبت عليه الفقه والقضاء يســمى بمبدأ إثبات النزاع Immutabilite de litige [2]. وهذا المبدأ كان يـــهدف إلى العديد من الأغراض ، منها الاقتصاد فى الإجراءات ، وسرعة حسـم النزاع، والحفاظ على نطاق معروف ومحدد للخصومة[3]. هذا المبدأ كـان يترجم مبدأ آخر هو مبدأ حياد القاضى، ويعمل مبدأ احترام الدفاع[4].

هذا المبدأ تعرض لانتقادات متعددة، ليس هنا مجال ذكرها، وفـائدة هذه الانتقادات تكمن فى أنها أخرجته من الجمود والثبات الشديد الذى كان يتمتع به فى القرن التاسع عشر، بحيث أصبح ينظر الآن إلى مبدأ ثبـات النزاع على أساس أنه ثبات نسبى وليس ثبات مطلق[5].

ومعنى نسبية مبدأ ثبات النزاع ، أنه من الممكن عرض المنازعات المتعددة التى توجد بينها وبين الطلب الأصلى رباط وثيق، يمكن عـرض هذه المنازعات على المحكمة حتى بعد سبق طرح الطلب الأصلى،ومعنى

---

(١) إبراهيم سعد، ص ٥٨٨.
- عبد الباسط جميعى، مبادئ المرافعات، ص ٣٥٤
- نبيل عمر ، دراسات فى فلسفة قانون المرافعات، ص ٩٠ وما بعدها.
- نبيل عمر، دراسة تحليلية لطبيعة الدعوى القضائية، بحث تحت الطبع بمجلـة حقوق عين شمس.

(٢) J. Mihuet : Immutabilité et évolution de litige . Thèse Toulouse 1975. P. 50 et s.

(٣) Azard. Immutabilité de la demande . Thèse. Paris 1936. P.30et s.

(٤) Omar Nabil. La Cause de la demande en justice . Thèse Bordeaux 1977.p.100 et s.

(٥) J. Normand . le juge et le litige . These lille 1965 p. 250 et s.

نسبية هذا المبدأ أيضاً إعطاء دور القاضى فعالية أكبر فـــى إعـــادة إعطاء الخصومة التى رفعت أمامه أو شكلها ونطاقها الصحيـــح . ولـــهذا استقرت أغلب التشريعات اليوم على جواز إعطاء الخصومة الأولية كـــل نطاقها الممكن. ويكون ذلك عن طريق جـــواز وإباحـــة تعديـــل نطـــاق الخصومة بإبداء طلبات معدلة للطلب الأصلى وللخصومة التـــى تولـــدت عنه. كل هذا بهدف تحقيق العدالة، وضمان إظـــهار الحقيقـــة. ويشـــترط لذلك، وهذا هو معنى نسبية مبدأ ثبات النزاع،أن يوجد ارتباط بيـــن هـــذه الطلبات العارضة والطلب الأصلى.وإذا كنا ندرس هنا الطلبات العارضـــة، فإننا ندرسها فى ذاتها. مع ملاحظة أن هناك فـــوارق جوهريـــة بالنســـبة لقبول هذه الطلبات بحسب ما إذا كنا أمام محكمـــــة أول درجـــة أم أمـــام محكمة الدرجة الثانية، نظراً لأن المبدأ فى معظم التشريعات الجديدة هـــو عدم قبول الطلبات الجديدة إذا طرحت لأول مرة أمـــام محكمـــة الدرجـــة الثانية، كما سوف نرى من بعد[١].

والطلب العارض هو الطلب الذى يبـــدى أثنـــاء نظـــر الخصومـــة القائمة، ويتناول بالتعديل أو بالزيادة أو بالنقص نطاق الخصومـــة القائمـــة من حيث موضوعها أو سببها أو أطرافها[٢]. وقانون المرافعات المصـــرى يعطى المدعى والمدعى عليه والغير الحق فى إبداء هـــذه الطلبـــات فـــى ظروف معينة وبشروط خاصة نصت عليها المواد مـــن ١٢٣ إلـــى ١٢٧ من قانون المرافعات.وعلى ذلك فالطلب العارض يفترض نشأة الخصومة. والخصومة لا تنشأ إلا برفع الدعوى، أى بتقديم صحيفتها إلى قلم الكتـــاب بالشروط المنصوص عليها فى القانون. ويعتبر طلبا عارضاً ذلك الطلـــب الذى يبدى ولو بعد رفع الدعوى الأصلية مباشرة وقبل أول جلسة تحـــل، مثال ذلك إذا ما أبدى الطلب العارض فى صحيفة مستقلة تعلن بعد رفـــع الدعوى مباشرة. وبصدور الحكم تنتهى الخصومة، ويزول الطلب الأصلى

---

(١) نبيل عمر .سبب الطلب القضائى أمام محكمة الاستئناف، منشأة المعارف ص١٢٠

(٢) أبو الوفا. التعليق، ج١ ، ص ٢٦٣.

أمام تلك المحكمة ، ولا يتصور بعد هذا تقديم طلبات عارضة[١].

ومن جهة أخرى فإذا قدم الخصم طلبه بصحيفة افتتاح دعوى جديدة مستقلة عن دعوى أخرى قائمة بين نفس الخصوم أمام ذات المحكمة، فإنه يعتبر طلباً أصلياً لا يعد عارضاً على تلك الدعوى ولو قضت المحكمة بضم الدعويين[٢]. وفى كلمة واحدة فإننا نستطيع القول مع بعض الفقه أن الطلب العارض هو الطلب الذى يتعلق بأصل الحق، فهو ليس طلباً متعلقاً بإجراءات السير فى الدعوى أو بإثباتها. وهو طلب يطرح على المحكمة بعد نشأة الخصومة المتولدة عن رفع الطلب الأصلى.وهو طلب يبدى قبل صدور الحكم فى الدعوى،أى قبل صدور الحكم الحاسم لموضوع النزاع[٣].

٨٠- وبالنسبة للطلبات العارضة المقدمة من الخصم الذى يشغل مركز المدعى عليه بالنسبة للخصومة المتولدة من الطلب الأصلى، فإن هذه الطلبات تسمى دعاوى المدعى عليه، أو تسمى بالطلبات المقابلة. وبهذه الطلبات فإن المدعى عليه يرمى إلى الحصول على حكم ضد المدعى أكثر من مجرد رفض طلبه، والمدعى عليه بموجب هذه الطلبات المقابلة يخرج من نطاق الدعوى التى تم استعمالها عن طريق الطلب الأصلى المقدم من المدعى. ومعنى أنه يخرج من نطاق هذه الدعوى، هو أن المدعى عليه يثير بطلبه العارض وجود دعوى جديدة أخرى له إلى جانب دعوى المدعى الأصلى. هذه الدعوى الجديدة تنتصب أعمدتها إلى جانب الدعوى الأولى.

ونتيجة لذلك يصبح المدعى عليه مدعياً والمدعى مدعياً عليه فى

---

(١) Cornu et Foyer. Procedure civile . Times .p. 320.

- نبيل عمر . دراسة تحليلية للطبيعة القانونية للدعوى القضائية. البحث السابق.

- أبو الوفا. التعليق ، ج ١ ، ص ٢٦٣

(٢) محكمة بندر المنصور ١٩٥٧/٢/٢٤ المحاماة س ٣٨ ص ١١٣٤.

(٣) أبو الوفا. التعليق ، ج ١ ص ٢٦٤.

هذه الخصومة الجديدة. والطلب العارض المقدم من المدعى عليه يختلف عن الدفع الموضوعى من ناحية الهدف ومن ناحية الشكل. فالدفع الموضوعى لا يرمى إلا إلى رفض المدعى، ولهذا يكون له نفس نطاق هذا الطلب، فى حين أن الطلب العارض له نطاق مختلف عن طلب المدعى[1].

ويسلم الفقه الإجرائى الحديث الآن بأنه يجوز للمدعى -بالنسبة للطلب العارض المقدم من المدعى عليه- تقديم ما للمدعى عليه تقديمه من دفوع، ومن طلبات عارضة. والحكم فى ذلك تكمن فى أن المدعى عليه عن تقديمه طلباً مقابلا يعتبر مدعياً، ويكون المدعى الأصلى فى مركز المدعى عليه، وله بهذه الصفة تقديم طلب مقابل[2]. وإذا كانت الدعوى تقدر قيمتها بمعرفة الخصوم حسب قواعد قانون المرافعات. فإن هذا التقدير يخضع لرقابة المحكمة المطروح أمامها. وللمحكمة أن تثير مسألة اختصاصها القيمى من تلقاء نفسها فهذا أمر يتعلق بالنظام العام.

وتقدير قيمة الدعوى لمعرفة المحكمة المختصة بنظر النزاع قيمياً ينظر فيه إلى الطلب الأصلى[3]. وإذا أبدى المدعى طلبا عارضا وكان هذا الطلب يستند على ذات السبب القانونى الذى يقوم عليه طلبه الأصلى، فهنا يجب إعادة تقدير الدعوى بعد الحكم بقبول الطلب العارض، ويتم ذلك عن طريق جمع قيمة الطلبين معاً وذلك لتحديد الاختصاص القيمى[4].

وإذا أبدى المدعى عليه طلباً عارضاً فلا يعتد فى تقدير الدعوى

---

(١) فتحى والى، المرجع السابق، ص ٤١٥.

(٢) فتحى والى، المرجع السابق، ص ٤١٨.

- محمد كمال عبد العزيز. المرجع السابق ، ص ٢٨٢
- عبد الباسط جميعى . مبادئ، ص ٦٣٤.
- عبد المنعم الشرقاوى، المرافعات، ص ٣٧٣

(٣) فى هذا المعنى: أمينة النمر، قواعد تقدير قيمة الدعوى، ص ٣٣.

(٤) أبو الوفا، التعليق، ص ٢٦٨.

بقيمة هذا الطلب العارض، وإنما هو يقدر تقديراً مستقلا لتحديد اختصاص المحكمة التى تنظر الطلب الأصلى به وذلك إذا كانت الدعوى معروفة أمام المحكمة الجزئية. فإذا كان مثل هذا الطلب العارض يخرج عن اختصاص المحكمة الجزئية القيمى فهنا يجب إعمال المادة ٤٦ من قانون المرافعات. أما إذا كانت الدعوى مرفوعة أمام المحكمة الابتدائية، فليس هناك داع لتقدير قيمة الطلب المقابل على استقلال لتحديد اختصاص المحكمة به، مثل هذا الطلب تختص به المحكمة الابتدائية أيا كانت قيمته تطبيقاً للمادة ٣/٤٧ من قانون المرافعات[١].

ويلاحظ أخيراً أن نفس الحل المشار إليه آنفاً يصدق بالنسبة للطلبات العارضة المقدمة من المدعى والتى تستند إلى سبب مختلف عن السبب الذى يقوم عليه الطلب الأصلى. بمعنى أنه إذا قدم الطلب العارض من المدعى إلى المحكمة الجزئية، فإنه – فى هذه الحالة– تقدر قيمته على استقلال لمعرفة ما إذا كانت تختص به المحكمة الجزئية أو لا تختص به وما إذا كان يجب إعمال المادة ٤٦ من قانون المرافعات أم لا. أما إذا كان مثل هذا الطلب مقدماً إلى المحكمة الابتدائية فإنه يخضع للمادة ٣/٤٧ من قانون المرافعات التى تنص على أن المحكمة الابتدائية تختص بالحكم فى الطلبات الوقتية أو المستعجلة وسائر الطلبات العارضة وكذلك فى الطلبات المرتبطة بالطلب الأصلى مهما تكن قيمتها أو نوعها.

وعلى ضوء هذا التحديد فالحكم الصادر فى الطلب العارض تتحدد قابليته للاستئناف على ضوء قاعدة النصاب بالنسبة للمحكمة التى فصلت فيه، سواء كانت هذه المحكمة جزئية أو ابتدائية، هذا هو ما يستشف من التحليل السابق[٢].

---

(١) أمينة النمر، المرجع السابق، ص ٣٤.

(٢) ومؤدى ذلك أنه من الجائز أن يكون الطلب الأصلى غير قابل بحسب قيمته للاستئناف، بينما يكون العكس هو الحاصل بالنسبة للطلب العارض وأيا كان مركز الخصم الذى قدم الطلب العارض.=

٨١- وإنما جاء المشرع فى المادة ٢٢٤ من قانون المرافعات ووضع قواعد مخالفة كما سبق لنا الإشارة. فهذه المادة تنص فى فقرتها الأولى على أنه إذا قدم المدعى عليه طلباً عارضاً كان التقدير على أساس الأكبر قيمة من الطلبين الأصلى أو العارض. ومثال ذلك أن ترفع دعوى مثلاً أمام المحكمة الجزئية لطلب دين قدره ٢٠٠٠ جنيه ، فيدلى المدعى عليه بطلب عارض قيمته ٣٠٠٠ جنيه ،فلولا هذا الطلب العارض لكان الحكم الصادر فى الدعوى غير قابل للاستئناف.وبوجود القاعدة المنصوص عليها فى المادة ٢٢٤ من قانون المرافعات ، فالتقدير بالنسبة لقابلية الحكم الصادر فى الدعوى للطعن فيه بالاستئناف تتحدد على أساس الأكبر قيمة من الطلبين، ولما كان الطلب العارض فى مثالنا السابق قيمته ٣٠٠٠ جنيه ، فيكون الحكم الصادر فى الدعوى بشقيه ، أى الحكم الصادر فى الطلب الأصلى ، والطلب العارض ،قابلاً للطعن فيه بالاستئناف[1]. وهذا يعنى كما سبق القول أن تقديم طلب عارض قد يؤدى إلى جعل الحكم الصادر فى الطلب الأصلى قابلاً للاستئناف بعد أن كان ، لو لم يقدم الطلب العارض، لا يقبله[2].

وحقيقة الأمر فإن الذى جعل المشرع يسلك هذا المسلك فى التشويع هو ما قد يوجد بين الطلب الأصلى والطلب العارض من روابط وثيقة، تجعل من الملائم طرح القضاء الصادر فى الطلب الأصلى والقضاء الصادر فى الطلب العارض مرة واحدة وأمام محكمة الدرجة الثانية، لكى

= - ومؤدى ذلك أيضاً أنه من الجائز أن يكون الطلب الأصلى قابل للطعن فيه بالاستئناف بينما الطلب العارض بحسب قيمته قد يكون انتهائى لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف .

- كل هذه القواعد خالفها المشرع فى نص المادة ١/٢٢٤ من قانون المرافعات المصرى.

(١) أبو الوفا، التعليق، ج١ ، ص ٦٨٦ .

(٢) فتحى والى، المرجع السابق، ص ٥٩٢.

تفصل فيهما معاً حفاظاً على مقتضيات السياسة التشريعية التى بررت من قبل طرح الطلبات العارضة أمام محكمة أول درجة .

٨٢- ومن جهة أخرى،فإن القاعدة المنصوص عليها فى المادة٢٢٤ من قانون المرافعات، تشكل فى صحيح النظر توسعاً فى الأثر الناقل للاستئناف ، وذلك لأن الطعن بالاستئناف إذ يوجه إلى الحكم الصادر فى الطلب العارض، فإن نطاق الأثر الناقل لا يتوقف عند حد ما رفع عنه الطعن فقط بل يمتد ليشمل كذلك الحكم الصادر فى الطلب الأصلى، ولو كانت قيمة هذا الطلب مما لا يجوز استئنافه.

ومن جهة أخرى فيلاحظ أن القاعدة الواردة فى المادة ١/٢٢٤ تتضمن أنه إذا كان كلاً الطلبين (الأصلى والعارض) ، مما يدخل فى حدود النصاب الانتهائى، فهنا لا يجوز الاستئناف ولو كان مجموعها يتجاوز هذا النصاب[١]. والقاعدة أنه فيما يتعلق بجواز الاستئناف فى هذه الحالة فإن المناط هو قيمة الطلب الأكبر، سواء كان هذا الطلب هو الأصلى أو العارض. وعلى ذلك فإذا كان الطلب الأصلى يتجاوز نصاب الاستئناف والعارض لا يتجاوزه فإن استئناف الحكم الصادر فى الطلب الأصلى يشمل استئناف الحكم الصادر فى الطلب العارض. والحكمة المبررة لذلك هى صلة الارتباط التى أجازت تقديم الطلب العارض. وهنا أيضاً يوجد توسع فى نطاق الأثر الناقل للاستئناف[٢].

ومن جهة أخرى فإنه لا يعتد فى تقدير نصاب الاستئناف بالطلبات

---

(١) كمال عبد العزيز، ص ٤٤٨.
- العشماوى . الجزء الثانى، ص ٨٦٣.
- استئناف مختلط، ١٩٧٩/٦/١٢ المجموعة الرسمية س ٤ص ٣٩٦.

(٢) نبيل عمر ، دراسات فى فلسفة قانون المرافعات، ص ٤٩ وما بعدها.
- نقض مدنى١٩٥٢/١٢/٣ مجموعة النقض س ٥ص ٢٢٣.
- عبد المنعم حسنى ، ص ٣١٦.
- أبو الوفا، الأحكام، ص ٧٣٩.

العارضة التى يتنازل عنها صاحبها، صراحة أو ضمناً قبل إقفال باب المرافعة فى الدعوى الأصلية . وعلى ذلك فإذا لم يتمسك المدعى عليه فى طلباته الختامية بالطلب العارض الذى يكون قد أبداه فى الدعوى الأصلية، فإن هذا الطلب يعتبر غير مطروح على المحكمة[1]، وبناء على ذلك لا يدخل فى الحساب عن تقدير نصاب الاستئناف[2].

٨٣- ومن جهة أخرى فإن أغفلت المحكمة الحكم فى الطلب المقدم من المدعى عليه، والذى تزيد قيمته على نصاب الاستئناف، فإن الحكم فى الطلب الأصلى يقبل الاستئناف ولو كانت قيمته تقل عن نصاب الاستئناف. ومن الطبيعى أن العودة إلى محكمة أول درجة لكى تفصل فيما أغفلته يكون بإعمال المادة ١٩٤ من قانون المرافعات. ومؤدى ذلك أنه يجوز لصاحب الشأن أن يكلف خصمه بالحضور أمام محكمة أول درجة لنظر هذا الطلب والحكم فيه[3]. وإنما المشكلة التى تثور فى هذا المجال هى: من أية لحظة يجوز الطعن بالاستئناف: هل من تاريخ صدور الحكم فى الطلب الأصلى ، أم من تاريخ صدور الحكم فى الطلب العارض الذى أغفلت محكمة الموضوع الفصل فيه ، وبإعمال المادة ١٩٣ تم تكليف الخصوم بالحضور لسماع الحكم فى هذا الطلب؟

٨٤- هناك عدة مبادئ مستقرة . نصاب الاستئناف يقدر على أساس الأكبر قيمة من الطلبين الأصلى أو العارض. الطلب الأصلى صدر فيه حكم. هذا الطلب يفترض فيه أنه صادر فى حدود النصاب الانتهائى للمحكمة التى أصدرته. إذن لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف. فهو يصدر انتهائى ورغم ذلك فوجود الطلب العارض، حتى ولو لم يفصل فيه، يؤثر فى قابلية الحكم الصادر فى الطلب الأصلى للاستئناف- وعلى ذلك فالحكم الصادر فى الطلب الأصلى يجوز- رغم انتهائيته- الطعن فيه بالاستئناف،

---

(١) عبد المنعم حسنى، المرجع السابق، ص ٣١٦.

(٢) نقض مدنى ١٩٦٨/٥/٩ مجموعة النقض س ١٩ص ٩٢٤.

(٣) أبو الوفا ، الأحكام ، ص ٧٤٦.

لأن الطلب العارض يقبل الطعن بهذا الطريق. لكن السؤال الآن يكمن في تحديد اللحظة التي يجوز فيها ولوج هذا الطريق من طرق الطعن. يرى بعض الفقه أن الطالب لا يتقيد بأي ميعاد من المواعيد المقررة في القانون للطعن في الأحكام[1]. ولكننا نعتقد أن عدم تقيد الطالب بأي ميعاد من المواعيد المحددة للطعن في الأحكام التي يشير إليها هذا الرأي قاصر على أعمال المادة ١٩٣ من قانون المرافعات، بمعنى أن الرجوع لمحكمة الموضوع لتنظر فيما أغفلت الفصل فيه غير مقيد بأي ميعاد.

والواقع أن تحديد اللحظة التي يجوز الطعن فيها بالاستئناف في الحالة التي نواجهها، والتي يصدر فيها الحكم في طلب أصلي لا يقبل الطعن بالاستئناف، وتغفل فيها محكمة أول درجة الفصل في طلب عارض قدم في ذات خصومة هذا الطلب الأصلي، ويضطر صاحب الشأن إلى أعمال المادة ١٩٣ ، ثم يصدر من محكمة أول درجة حكمها في هذا الطلب العارض، تحديد اللحظة التي يجوز استئناف الحكم الصادر في نزاع من هذا النوع تتحدد بلحظة صدور الحكم في الطلب العارض، الذي كانت محكمة أول درجة قد أغفلت الفصل فيه.

فالحكم الأول الصادر في الطلب الأصلي، هو حكم بحسب قيمة النزاع الصادر فيه، انتهائي، لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف. ومع هذا اعتبره المشرع قابلاً للطعن بالاستئناف، لوجود طلب عارض ارتبط به أمام أول درجة. هذا الطلب العارض هو المبرر لقابلية الحكم الصادر في الطلب الأصلي للاستئناف . بصدور الحكم في الطلب العارض تبدأ اللحظة التي يجوز فيها الطعن بالاستئناف في الحكمين معاً.

٨٥- ومن جهة أخرى ، فإنه إذا منع المشرع الطعن في الأحكام

---

(١) أبو الوفا، الأحكام، ص ٧٤٦ .

- نقض مدني١٥/١١/١٩٥١ المحاماة س ٣٢ص ٨٥٧.
- نقض مدني١٣/٥/١٩٧٠ المحاماة س ٢١ ص ٨٢٠.
- نقض مدني١٨/٥/١٩٧٢ المحاماة س ٢٣ص ٩٦٣.

الصادرة فى نوع من الدعاوى، دون أن يمنع قبول طلبات عارضة أثناء نظرها، كما كان الحال فى المنازعات الإيجارية التى كان يحكمها قانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، فإن الطلب العارض هنا يقدر تقديراً مستقلاً عن الدعوى الأصلية ويجوز -بالتالي – استئنافه وحده تبعاً لقيمته هو دون اعتداد بقيمة الدعوى الأصلية(١).

وقد حكم بأنه لا يعتد فى تقدير نصاب الاستئناف سوء الطلبات العارضة التى يوجهها المدعى عليه إلى المدعى فى الدعوى الأصلية، أو تلك التى يوجهها المدعى إلى المدعى عليه رداً على طلبات الأخير العارضة(٢).

أما إذا وجه المدعى عليه طلباً عارضاً إلى المدعى عليه آخر فإن هذا الطلب يعتبر بحق دعوى أصلية ، فإذا ما رد عليه هذا المدعى عليه، فإنه يكون قد استعمل طلباً عارضاً ونكون بالتالى فى نطاق أعمال المادة ٢٢٤. ومن جهة أخرى ، فيجب ملاحظة أنه إذا كان الطلب العارض أو الأصلى غير قابل للتقدير فيكون هو الأكبر قيمة فى جميع الأحوال(٣).

ومن الثابت أن حكم المادة٢٢٤يقتصر على تقدير نصاب الاستئناف بالنسبة للدعاوى التى يوجد بها طلب عارض حسب التحديد السابق.وعلى ذلك لا يسرى حكم المادة٢٢٤/١عند ضم الدعاوى المستقلة(٤) .

وفى حالة التدخل الانضمامى أمام محكمة أول درجة، فإن الشخص الذى تدخل منضما لأحد طرفى الخصومة ليس له دعوى مستقلة خاصة

---

(١) أبو الوفا، المرافعات ، ص ٦٢٠
– كمال عبد العزيز ، ص ٤٤٩.
– عبد الباسط جميعى ، مبادئ المرافعات، ص ٦٣٥.

(٢) محكمة الأمور المستعجلة بالقاهرة٣١/١٢/١٩٦٠المجموعة الرسمية س٦٠ ص ٥٣٨.

(٣) عبد المنعم حسنى ، ص ٣١٦.

(٤) نقض مدنى ١٨/٦/١٩٥٣ مجموعة النقض س ٤ ص ١١٧٨.

به أى أنه لا يدعى شيئاً خاصاً ينازع فيه، ولذا فإن طلب تدخله يتبع مصير الدعوى الأصلية(١). أما إذا كان للمتدخل طلبات مستقلة فالعبرة بطلباته هذه من حيث جواز أو عدم جواز استئناف الحكم الذى يصدر فى دعوى التدخل بصرف النظر عن قيمة الدعوى الأصلية(٢).

وفى هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية بأنه:" متى كان الطاعن قد تدخل فى الدعوى مدعياً شرائه لعقار يتنازع طرفا الدعوى على جزء منه مقدر ثمنه بمبلغ ثلاثين جنيهاً ، مستنداً إلى عقد بيع صادر له من المورث بثمن مقداره ٣٣٠ جنيهاً، وبقبول المحكمة تدخله أصبح طرفاً فى الدعوى ويكون الحكم الصادر فيها حجة له أو عليه بالنسبة لصحة عقده أو عدم صحته، وكان موضوع النزاع قد تحول بعد قبول تدخل الطاعن وتمسكه بعقده إلى نزاع فى صحة هذا العقد الذى تزيد قيمته على النصاب النهائى للقاضى الجزئى، فإن الحكم برد وبطلان هذا العقد يكون جائزاً استئنافه إذ تقدر الدعوى فى هذه الحالة بقيمة الحق المثبت فى الورقة ، ويكون الحكم المطعون فيه إذ قضى بعدم جواز الاستئناف قد خالف القانون(٣). وإذا اختصم الغير بناء على طلب المدعى أو المدعى عليه، ووجه إليه أحد طرفى الخصومة طلبا عارضا، فإن الدعوى تقدر بقيمة طلب المدعى، ونصاب الاستئناف يتعلق بقيمة ذات هذا الطلب(٤).

٨٦- وفيما يتعلق بدعوى الضمان الفرعية التى توجه فى الغالب من المدعى عليه فى الدعوى الأصلية لضامنة، هذه الدعوى تعتبر فى صحيح النظر مستقلة عن الدعوى الأصلية، موضوعاً ، وسبباً ، وأطرافه

---

(١) العشماوى ، الجزء الثانى ، ص ٨٦٥

(٢) العشماوى ، الجزء الثانى ، ص ٨٦٥

(٣) نقض مدنى ١٩٥٣/١٢/٣ مجموعة النقض س ٥ص ٢٢٣ مشار إليه فى عبد المنعم حسنى ، ص ٣٠٩.

(٤) أمينة النمر ، المرجع السابق، ص ٣٥.

بصفاتهم القانونية والإجرائية ، ولهذا السبب ينظر الى قيمة الدعوى، دعوى الضمان الفرعية،لمعرفة أن كانت قابلة أو غير قابلة للاستئناف[1]. وعلى ذلك فإذا كانت قيمتها داخلة فى النصاب النهائى للمحكمة فالحكم الذى يصدر فيها لا يجوز استئنافه ، ولو كان الحكم فى الدعوى الأصلية قابلاً للاستئناف هنا ملاحظ أن المشرع خرج على القاعدة الواردة فى المادة ١/٢٢٤ ، وعاد إلى القواعد العامة فى تحديد نصاب الاستئناف. والحكمة فى ذلك ترجع فى اعتقادنا إلى أن فكرة الرباط الوثيق الذى يوجد بين الطلب الأصلى والطلب العارض، والذى بناء عليه جاء نص المادة ١/٢٢٤ بالحكم السابق لنا تحليله. لأن يوجد فى حالة دعوى الضمان الفرعية، فخصومة الطلب الأصلى هى التى هيأت الفرصة لطرح خصومة دعوى الضمان الفرعية، وأعطتها العربة الفنية La Vihecule technique فى شكل الطلب العارض أو الدعوى العارضة دون وجود رباط بينها وبين الدعوى الأصلية، لاختلاف عناصر هذه الأخيرة عن عناصر دعوى الضمان[2].

٨٧- تنص المادة ٢/٢٢٤ على أن : " ومع ذلك إذا كان موضوع الطلب العارض تعويضات عن رفع الدعوى الأصلية أو عن طريق السلوك فيها فتكون العبرة بقيمة الطلب الأصلى وحده" . والواقع أن الهدف من النص الوارد فى هذه الفقرة هو منه تعليق قابلية الحكم الصادر فى الدعوى على إرادة الخصم. بمعنى أنه إذا كان موضوع الطلب

---

(١)العشماوى ، المرجع السابق ، ص ٨٦٤ .

(٢) ومع ذلك يرى البعض أن الفقه والقضاء جرى على استثناء حالة تتعلق بدعوى الضمان، فإذا كان الحكم فى الدعوى الأصلية قابلاً للطعن فيه بالاستئناف، وإذا طعن فيه فإنه يجوز عندئذ طرح الخصومة فى دعوى الضمان على محكمة الدرجة الثانية، ولو لم تتجاوز قيمتها النصاب النهائى لمحكمة الدرجة الأولى.بل أكثر من هذا فإن الفقه يرى مد هذا الحكم على دعوى التزوير الفرعية ودعوى تحقيق الخطوط الفرعية إذا كانت مرفوعة من غير المدعى عليه. راجع أبو الوفا، التعليق ، ج ١ ، ص ٦٨٨.

العارض تعويضات عن رفع الدعوى الأصلية أو عن طريق السلوك فيها، فإن العبرة فى قابلية أو عدم قابلية الحكم الصادر للاستئناف تكون مرتبطة بقيمة الطلب الأصلى وحده.

والحكمة في ذلك واضحة وهى دفع احتيال المدعى عليه، الذى قد يقدم طلباً عارضا، يطلب فيه تعويض عن رفع الدعوى ويكون هدفه من ذلك هو جعل الحكم الصادر قابلاً للاستئناف بينما هو بحسب الأصل لا يقبل الطعن فيه بهذا الطريق [1]. والتعويض عن رفع الدعوى الأصلية الذى يقدم فى صورة طلب عارض يصدر دائماً عن المدعى عليه، أما طلب التعويض عن طريقة السلوك فى الدعوى فيتصور صدوره من المدعى أو المدعى عليه على السواء .

وأخيراً يلاحظ أن الحكم الصادر فى المصاريف(مصاريف الدعوى) يتبع فى تقديره من حيث الاستئناف قيمة الدعوى الأصلية، ولو كان الاستئناف مقصورا على المصاريف ، ويجوز استئناف هذا الحكم إذا كان الحكم فى الدعوى الأصلية قابلاً للاستئناف ولو قبل المحكوم عليه الحكم الصادر فى الموضوع وحده.

ويجوز استئناف الحكم الصادر فى المصاريف ولو كان المدعى قد تنازل عن الحق المرفوعة به الدعوى مع طلب إلزام خصمه بالمصاريف، فلم تجبه المحكمة إلى هذا الطلب الأخير[2].

٨٨- تنص المادة ٢٢٥ من قانون المرافعات على أن :" يكون التقدير بمراعاة القواعد المتقدمة على أساس آخر طلبات الخصوم أمام محكمة الدرجة الأولى" .

رأينا فيما سبق أن آخر طلبات الخصوم التى تقدم إلى محكمة أول

(١) عبد المنعم حسنى،ص ٣١٧،رمزى سيف، الوسيط، ص٨١٣، العشماوى،ص٨٦٥
(٢) نقض مدنى ١٩٥٩/١١/١٢ مجموعة النقض س١٠ ص ٦٦٤.

درجة هى التى تحدد وبصفة حاسمة اختصاص هذه المحكمة من الناحيـــة القيمية .

وآخر طلبات الخصوم يقصد بها الطلبات الختامية للمدعـــى. وهـــذا الطلب الختامى إذ يكون هو الفيصل فى تحديد الاختصاص القيمى، فإنـــه يندرج تحت القاعدة العامة التى ترى أن الطلب يقدر باعتباره يوم رفعـــه، كما سبق لنا البيان.

والعلة فى ذلك أن هذا الطلب الختامى هو الذى يعبر عـــن القيمـة الحقيقة لدعوى المدعى[١]. ويشترط لأعمال كل ذلك أن يتعلـــق الأمـــر بتعديل للطلب الأصلى، وليس بطلب جديد. فإذا كنا بصدد طلب جديد فـــإن الطلب الأصلى يبقى كما هو وينظر إلى الطلب الجديد كطلب عـــارض[٢]. مثال ذلك ، إذا طلب المدعى إلزام خصمه بتقديم حســـاب، وبعـد تقديـم الحساب وفحصه طلب الحكم له بنتيجة الحساب، فإن هذا ليس عدولاً عـــن الطلب الأصلى أو تعديلاً له ، وإنما هو طلب عـــارض، مكمـل للطلـب الأصلى ومنبنى عليه[٣]. ويشترط أيضا فى الطلب الختامى ألا يقصد بـــه التعديل أو التحايل على قواعد الاختصاص أو نهائيـــة الحكـم علـــى أن يتمسك بذلك صاحب الشأن أمام محكمة الموضوع[٤].

ويعتبر مؤثرا فى قيمة الدعوى تطبيقا لكل ذلك نزول المدعى عـــن أحد الطلبات، فتقدر القيمة بالنظر فقط إلى الطلبات الباقية، ويشـــترط فـــى هذه الحالة أن يكون المدعى عليه قد قبل هذا النزول حيث يشترط القـــانون هذا القبول[٥]. ويرى البعض أنه لا أثر لتسليم المدعى عليه بجـــزء مـــن

(١) فتحى والى، ص ٢٢٧.

(٢) نقض مدنى ١٩٦٦/٦/١٦ مجموعة النقض س ١٧ص ١٤١٥.

– نقض مدنى ١٩٦٦/٦/١٤ مجموعة النقص س ١٧ص ١٣٧٣.

(٣) نقض مدنى ١٩٦٦/٦/١٦ مجموعة النقض س ١٧ ص ١٤١٥ .

(٤) نقض مدنى ١٩٧١/٣/١٨ مجموعة النقض س ٢٢ص ٣٣٤.

(٥) فتحى والى، ص ٢٢٧.

طلبات المدعى ما دام هذا التسليم لا يؤدى إلى زوال النزاع حول هذا الجزء[1].

ولهذا لا أثر لهذا الموقف من جانب المدعى عليه فى تحديد الطلبات الختامية. وإنما هذا التسليم بجزء من طلبات المدعى من جانب المدعى عليه يكون له أثر فى تحديد الطلبات الختامية إذا حدث وفاء فعلى بهذا الجزء أو حدث عرضه عرضا حقيقيا مقبولا، أو إذا حدثت مقاصة قانونية جزئية بصدده.

والواقع أنه إذا كانت الطلبات الختامية للخصوم أمام أول درجة حاسمة فى مسألة تحديد الاختصاص القيمي، وبالتالى تحديد قابلية الحكم الصادر فى الدعوى للاستئناف أو عدم قابليته لذلك، فذلك لأن هذه الطلبات الختامية هى التى تعبر عن القيمة الحقيقية للدعوى[2].

وإذا كانت هذه القواعد هى التى تحدد الطلبات الختامية أمام محكمة أول درجة ، فإن ذات هذه القواعد هى التى تحدد قابلية الحكم الصادر فى هذه الطلبات للاستئناف. قواعد الطلبات الختامية تحدد الاختصاص القيمى لأول درجة، وهى فى ذات الوقت تحدد قابلية الحكم الصادر للاستئناف.

وبناء على القاعدة الواردة فى المادة ٢٢٥ من قانون المرافعات فإنه إذا حكم بأكثر من الطلبات الختامية فى دعوى تقل فيها الطلبات الختامية عن نصاب الاستئناف فإن هذا الاستئناف لا يكون مقبولاً. وإن جاز التماس إعادة النظر على أساس الحكم بما لم يطلبه الخصوم[3].

العبرة إذن فى تحديد قابلية الحكم الصادر فى الدعوى للاستئناف بالطلبات الختامية دون النظر إلى ما تقضى به المحكمة. ولا يؤثر فى

---

(١) فتحى والى، ص ٢٢٧، هامش ٢.

(٢) أبو الوفا، التعليق ، ج١ ،ص ١٩٨ .

(٣) محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص ٤٤٩.

- قنا الابتدائية ١٩٥٠/١٠/٢٤ المحاماة ، س ٣١ ص ٩٨٨.

قابلية الحكم للطعن فيه بالاستئناف أن تكون المحكمة قد أغفلت الفصل في بعض الطلبات المعتبرة ختامية، فهنا لا مناص من أعمال المادة ١٩٣ من قانون المرافعات على الوجه السابق لنا شرحه. أيضاً لا عبرة لما تكون المحكمة قد قامت به من أرجاء في البت في أي من هذه الطلبات الختامية، متى كان الحكم الصادر مما يقبل الطعن فيه على استقلال(١).

ويرى البعض ورأيهم راجح فى اعتقادنا، بأنه يعتد بالطلبات الختامة ولو تخلف المدعى عليه وقدمت هذه الطلبات فى غيبته . ولكن يشترط فى الطلبات الإضافية التى يترتب عليها زيادة فى الطلبات الأصلية أن يتم إعلانها إلى الخصم، أما تخفيض الطلب الأصلى فيعتد به ولو لم يعلن(٢).

ومن جهة أخرى، فإن صحيفة الدعوى إذا تضمنت طلب أصلى وطلب احتياطى، فإن هذا الوضع يحتاج إلى التفصيل الآتي:

إذا قامت محكمة أول درجة بالحكم فى الطلب الأصلى، فإنها لا تتطرق أبداً إلى نظر الطلب الاحتياطى، وبالتالى فالقابلية للاستئناف بالنسبة للحكم الصادر فى هذه الدعوى تتحدد بالطلبات الختامية المقدمة فى الطلب الأصلى.

هنا إذا لا يوجد أى تأثير لقيمة الطلب الاحتياطى على نصاب الاستئناف وإذا حدث طعن في الحكم الصادر فى الطلب الأصلى، وقامت محكمة الاستئناف بإلغاء هذا الحكم، فإنها لا تستطيع فى رأينا نظر الطلب الاحتياطى: لأن محكمة أول درجة لم تنظره وبالتالى لم تصدر فيه حكم وبناء عليه لم تستنفذ ولايتها بصدده، هذا من جهة. ومن جهة أخرى فالأثر الناقل لاستئناف الحكم الصادر فى الطلب الأصلى ، ليس من شأنه أن ينقل أى مسألة من مسائل الطلب الاحتياطى على التفصيل الذى سوف

---

(١) عبد المنعم حسنى ؛ ص ٣٢٠.

(٢) العشماوى، الجزء الأول ، ص ٤٤١.

يرد من بعد .

فإلغاء محكمة الدرجة الثانية إذن للحكم الصادر فى الطلب الأصلى، يتعين على الخصوم إعادة رفع نزاعهم بصدد الطلب الاحتياطى مرة ثانية أمام محكمة أول درجة(١).

أما إذا رفضت محكمة الدرجة الأولى الطلب الأصلى، وقضت فى الطلبات الاحتياطية فإن نصاب الاستئناف يتحدد عندئذ بالأكبر قيمة من الطلبين(٢). كما يلاحظ أن استئناف الحكم الصادر فى الطلب الاحتياطى يطرح حتماً على محكمة الاستئناف الحكم فى الطلب الأصلى(٣).

٨٩- تنص المادة ٢٢٦ من قانون المرافعات المصرى على أنه:"جميع الأحكام الصادرة قبل الفصل فى موضوع الدعوى يراعى فى تقدير نصاب استئنافها قيمة الدعوى".

الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع تتنوع وتتعدد وتخضع لقواعد مختلفة فيما يتعلق بقابليتها للطعن فيها بالاستئناف مباشرة وبمجرد صدورها، أو مع الطعن الصادر فى الحكم الموضوعى.

ويقصد بالأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع الأحكام التى لا تفصل فى طلب موضوعى أو فى جزء منه. هذه الأحكام قد تكون قطعية كالحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة أو الأهلية أو ببطلان صحيفة الدعوى ، والأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع قد تكون أحكاماً

---

(١) نبيل عمر، دراسات فى فلسفة قانون المرافعات، ص ١٢٠ وما بعدها.

(٢) العشماوى ، ج١ ، ص٤٤٢ .

- نقض مدنى ١٩٦٨/٥/٩ مجموعة النقض س ١٩ ص ٩٢٤.
- نقض مدنى ١٩٥٥/٦/٢٣ المحاماة س ٣٦ ص ١٢٨٠.
- أسيوط الابتدائية ١٩٢٥/٥/٢٨ المحاماة س ٦ ص ١٦٢.
- استئناف مصر ١٩٣٤/٣/٣١ المحاماة س ١٥ ص ٢٥.

(٣) أبو الوفاء، الأحكام، ٨٨٧.

غير قطعية، كالأحكام المتعلقة بسير الإجراءات أو الإثبات. كل هذه الأحكام تتبع فى جواز أو عدم جواز استئنافها قيمة الطلب الأصلى أى قيمة الدعوى.

والحكمة فى ذلك ترجع إلى أن المسائل التى تثور قبل الفصل فى الموضوع تتحدد أهميتها بأهمية هذا الموضوع[1]. ومن جهة أخرى فإن تبرير القاعدة الواردة فى المادة ٢٢٦ من قانون المرافعات يكمن فى أن سلطة القاضى على أصل الدعوى تتناول ما أبدى فيها من دفوع أو دفاع، وأنه بإصداره الأحكام الفرعية إنما يمهد للفصل فى النزاع أو يفصل فى مسائل شكلية يستلزم البت فيها قبل مواجهة الموضوع. وبما أن القانون قد جعل حق الاستئناف وعدمه مرتبط بقيمة الطلب الأصلى فلا تأثير لموقف المدعى إزاء ولا عبرة بالدفوع التى يقدمها ويقصد بها التوصل من طريق مباشر أو غير مباشر إلى التخلص منه. وطبيعى أن هذه القاعدة تسرى على إطلاقها ولا يستثنى منها إلا الحالات التى ينص فيها القانون على وضع مخالف .

كذلك يستثنى من القاعدة المنصوص عليها فى المادة ٢٢٦ من قانون المرافعات الحالة التى يكون المدعى عليه فيها قد خرج عن موقف الدفاع، واتخذ خطة المدعى وقدم طلباً عارضاً. فى مثل هذه الحالة تكون العبرة بأكبر مبلغ حصلت المطالبة به، كما سبق البيان بصدد المادة ٢٢٤ من قانون المرافعات. ومن جهة أخرى يرى البعض[2]، أن قاعدة المادة٢٢٦ مرافعات لا تنطبق عندما يتسع نطاق الخصومة الأصلية إلى أبعد من الحدود التى رسمتها صحيفة الدعوى، أو طلبات المدعى الختامية. مثال ذلك ما إذا تناول الدفاع بطلان أو تزوير مستند تتجاوز قيمته قيمة الطلب أو المنازعة فى أصل الدين مع كون المطالبة قاصرة على جزء منه.

---

(١) فتحى والى، المرجع السابق، ص ٥٩٣.

(٢) العشماوى ، المرجع السابق ، ص ٨٦٧.

ومن جهة ثانية قضى بأنه إذا كانت الدعوى قابلة للاستئناف عند صدور الحكم الفرعى فيها، ثم أصبحت حين صدور الحكم فى موضوعها غير قابلة له، فالاستئناف المرفوع فى الحكمين معاً يكون غير مقبولاً وذلك إعمالاً للقواعد العامة التى تحدد أن الحق فى الاستئناف يولد مع الحكم، فإذا ولد الحكم فاقدا لهذا الحكم امتنع استئناف الأحكام الفرعية الصادرة فى خصومته[1].

وعلى ذلك فالأحكام التالية تدخل فى نطاق المادة ٢٢٦ من قانون المرافعات: الحكم بضم دعويين للارتباط أو لاتحاد الموضوع، والحكم بالاختصاص أو بعدمه[2]. أيضاً يعتبر من قبل الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع الحكم بضم الدفع الفرعى للموضوع، الحكم بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى ،أو برفض طلب الإحالة ، وكذا الحكم الصادر فى الدفوع الشكلية، أو فى الدفوع بعدم القبول.

وإذا كانت جميع الأحكام الصادرة قبل الفصل فى موضوع الدعوى يراعى فى تقدير نصاب استئنافها قيمة الدعوى، فإنه يترتب على ذلك أنه إذا منع المشرع استئناف حكم موضوعى على سبيل الاستثناء امتنع أيضاً استئناف الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع، كما أن العكس صحيح بمعنى أنه إذا أجاز المشرع استئناف حكم موضوعى، على سبيل الاستثناء فإنه يجوز أيضاً استئناف الأحكام التى تصدر فى الدعوى قبل الفصل فى ذات الموضوع[3].

---

(١) محكمة طنطا الابتدائية ١٩٠٦/٤/١٨ المجموعة الرسمية س ٧ ص ١٩٠.
- مصر الابتدائية ١٩٣٦/٤/٨ المحاماة س ١٦ ص ٧٧٠.
- نقض مدنى ١٩٥٥/٦/١٦ مجموعة النقض س ٦ ص ١٢٦٢.

(٢) نقض مدنى ١٩٦٦/٥/١٨ مجموعة النقض س ١٧ ص ١١٧٣.

(٣) عبد المنعم حسنى، المرجع السابق، ص ٣٢٧.
-أبو الوفا ، التعليق ، ج١ ، ص٦٩٠
- أبو الوفا، الأحكام، ص ٧٠٤.

وسبق لنا القول أن الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع، والتي سوف نوعد لدراستها بالتفصيل فيما بعد، تقبل أو لا تقبل الطعن بالاستئناف حسب قيمة الدعوى الأصلية. هذه القاعدة يعمل بها سواء كان الحكم الصادر قبل الفصل فى الموضوع يجوز الطعن فيه مباشرة وبمجرد صدوره،أو كان مما لا يجوز الطعن فيه إلا مع الحكم الصادر فى الموضوع.

وبهذا نكون قد انتهينا من دراسة القواعد الخاصة بتقدير قيمة الدعوى فى الاستئناف . وننتقل الآن إلى دراسة بعض الأحكام التى يجوز الطعن فيها بالاستئناف بغض النظر عن نصاب الطعن.

المطلب الثالث

دراسة لبعض الأحكام التى يجوز الطعن فيها بالاستئناف مباشرة

٩٠- نتعرض فى هذا المطلب لدراسة بعض الأحكام القضائية التى يجوز الطعن فيها بالاستئناف مباشرة . وبهذه المناسبة نعرض لما هو وارد فى النصوص التشريعية لبيان مدى ما يندرج فى هذا المطلب من الأحكام، وتحديد الأحكام التى تدخل فى القاعدة العامة لنصاب الاستئناف رغم أن ظاهر نصوص التشريع قد يوحى بعكس ذلك.

تنص المادة ٢١٢ من قانون المرافعات على أنه :" لا يجوز الطعن فى الأحكام التى تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهى بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة كلها، وذلك فيما عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبرى . والأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة المختصة ، وفى هذه الحالة الأخيرة يجب على المحكمة المحال إليها الدعوى أن

توقفها حتى يفصل فى الطعن" (١).

هذه المادة تعالج فى الواقع قابلية الأحكام التى لا تنتهى بها الخصومة للطعن المباشر بالاستئناف، أو بأى طريق من طرق الطعن، هذه المادة لا تدخل فى الواقع فى نطاق دراستنا هنا بشكل مباشر، وسوف تكون محلا لدراستنا فيما بعد.

ومن جهة أخرى فالمادة ٢٢٠ من قانون المرافعات المصرى تنص على أنه :" يجوز استئناف الأحكام الصادرة فى المواد المستعجلة أيا كانت المحكمة التى أصدرتها" . هذه المادة سوف نعالجها بالتفصيل اللازم فى هذا المكان. والهدف من ذلك هو معرفة ما إذا كان يعتد بنصاب الاستئناف بصدد هذه الأحكام، أم لا يعتد به وبالتالى فإستئنافها يتم بالمخالفة للقواعد العامة ، سنرى كل ذلك فى هذا المكان.

ومن جهة ثالثة تنص المادة ٢٢١ من قانون المرافعات فى درها على أن :" يجوز استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى بسبب وقوع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم..." ولا شك أن هذه المادة سوف تكون محلاً لدراسة تفصيلية فى هذا المكان، نظراً لأن الاستئناف هنا ينصب على حكم انتهائى، فهو إذاً ، أى الاستئناف، يكون بالمخالفة لقاعدة النصاب فيما يتعلق بالطعن بهذا الطريق.

ومن جهة رابعة، تنص المادة ٢٢٢ من قانون المرافعات المصرى على أنه :" ويجوز أيضاً استئناف جميع الأحكام الصادرة فى حدود النصاب الانتهائى إذا كان الحكم صادراً على خلاف حكم سابق لم يحز قوة الأمر المقضى. وفى هذه الحالة يعتبر الحكم السابق مستأنفاً بقوة

---

(١) راجع التعديل الحاصل على المادة ٢١٢ مرافعات بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢. حيث أضيفت الأحكام الصادرة بعدم الاختصاص إلى ما يجوز الطعن المباشر فيه قبل صدور الحكم المنهى للخصومة .

القانون إذا لم يكن قد صار انتهائياً عند رفع الاستئناف" . أيضاً هذا المادة تجد مكاناً أصيلاً في هذا النطاق لتحليلها التحليل الذى يبين نطاقها وحكمتها وآثارها.

٩١- أولا: الأحكام المستعجلة :

الطعن بالاستئناف فى الأحكام المستعجلة جائز فى جميع الأحوال، وأيا كانت المحكمة التى أصدرتها (م ٢٢٠ من قانون المرافعات).

ونحن إذا كنا ندرس الأحكام المستعجلة فإن هذه الدراسة قاصرة على معالجة هذه الأحكام من زاوية الطعن فيها بالاستئناف ، ولا يدخل فى اعتقادنا بكل تأكيد تناول نظام القضاء المستعجل بشكل شامل[١]. ويرى البعض أن القاعدة الواردة فى المادة ٢٢٠ من قانون المرافعات بشأن الأحكام المستعجلة لا تعتبر استثناء على القاعدة العامة فى الاستئناف، والتى تربط قابلية الحكم للطعن فيه بهذا الطريق بقيمة الدعوى الصادر فيها هذا الحكم[٢]. وإنما هو مجرد تطبيق لهذه القاعدة. والأساس فى ذلك يرجع إلى أن الطلب المستعجل هو طلب غير مقدر القيمة، وبالتالى فقيمته تعتبر زائدة عن ١٠٠٠٠ جنيه ويكون الحكم الصادر فيه بالتالى قابل للطعن بالاستئناف فى جميع الأحوال.

وهذا التعليل يسرى سواء صدر الحكم المستعجل من قاضى الأمور المستعجلة، أو من محكمة الموضوع فى دعوى فرعية وتابعة للدعوى الأصلية .

وبناء على ذلك فالحكم المستعجل ، وإن صدر أثناء سير الدعوى، فإنه يجوز الطعن فيه مباشرة بالاستئناف،كما سوف نرى من بعد(م٢١٢)، كما يجوز الطعن فيه بالاستئناف بغض النظر عن قيمة الدعوى الأصلية

---

(١) أمينة النمر، مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة، رسالة، الإسكندرية ١٩٦٧.

(٢) أمينة النمر، النصاب النهائى للمحاكم ، ص ٧٧.

وذلك فى الأحوال التى يصدر فيها الحكم المستعجل من المحكمة التى تنظر الدعوى الموضوعية. وعلى ذلك فلا مجال لأعمال المادة ٢٢٦ من قانون المرافعات والسابق لنا دراستها بصدد الأحكام المستعجلة. فهذه الأحكام لا يراعى بالنسبة لقابليتها للطعن فيها بالاستئناف قيمة الطلب الأصلى .

فشرط أعمال هذه المادة، فى رأى البعض بحق ، ألا يكون للطلب الصادر فيه الحكم ، قبل الفصل فى الموضوع، كياناً مستقلاً عن الطلب الأصلى[1]. وبما أن الطلب المستعجل له كيان مستقل عن الطلب الأصلى، فهو يقدر من حيث القابلية للاستئناف تقديرا مستقلا دون اعتداد بقيمة الدعوى الأصلية. وبما أنه طلب غير قابل للتقدير، فإن قيمته تزيد على ١٠٠٠٠ جنيه ،وبالتالى يجوز الطعن فيه بالاستئناف فى جميع الأحوال.

٩٢- ومن المعروف أنه يشترط لاختصاص القاضى المستعجل بنزاع من هذا النوع، فإنه لابد من اجتماع شروط معينة. هذه الشروط هى الاستعجال وان يكون المطلوب هو إجراء وقتى وألا يمس القاضى المستعجل أصل الحق المطلوب اتخاذ الإجراء الوقتى المستعجل لحمايته. وإذا ما استبان للقاضى المستعجل من نتيجة الفحص السريع للمنازعة المطروحة أمامه، أنه سوف يمس حتماً بالموضوع ، فإنه يجب عليه أن يحكم بعدم اختصاصه[2] . والحكم بعدم الاختصاص فى مثل هذه الحالة لا يعد قضاء برفض الدعوى، كما أنه من الخطأ أن يقال أن المحكمة إذا ما مست أصل الحق فى حكمها فى الطلب الوقتى تكون قد تجاوزت سلطتها.

فالحكم برفض الدعوى يعتبر قضاء فى الموضوع، أما الحكم بعدم الاختصاص فهو قضاء صادر قبل الفصل فى الموضوع، وبما أن القاضى

---

(١) أمينة النمر ، المرجع السابق ، ص ٧٧ .

- إبراهيم عثمان،الفقه والقضاء فى الأمور المستعجلة،س١٩٧٨،ص٣٠ومابعدها.

(٢) أبو الوفا، التعليق، ج١ ، ص ٢٤٩.

المستعجل ليست له ولاية فيما يتعلق بالموضوع، فهو بالتالى لا يستطيع أن يحكم برفض الدعوى المستعجلة بمقولة أن الفصل فيها يعتبر تعرضا منه للموضوع ، وهو فى هذه الحالة لا يملك إلا الحكم بعدم الاختصاص . أيضاً إذا حكم القاضى بعدم اختصاصه على أساس أن الفصل فى الدعوى المستعجلة تقتضى منه التعرض للموضوع، فإنه هنا لا يعتبر متجاوزاً لحدود سلطته. فلكى يعتبر كذلك، فإنه من المنطقى أن يكون ثابتا له منذ البداية اختصاصاً بالموضوع حتى يمكن أن يحدث تجاوز له، وبما أنه فاقداً لأى اختصاص بالموضوع ، فلا يتصور بالتالى أن يحدث منه أى تجاوز فى هذا الصدد[1].

والواقع أنه للتفرقة بين الحكم بعدم الاختصاص والحكم بالرفض أهمية تبدو فيما يتعلق بسلطة محكمة الاستئناف فى نظر الموضوع. موضوع الدعوى المستعجلة، إذا ما قامت بإلغاء الحكم المستأنف. فإذا ما اعتبرنا أن الحكم الصادر من قاضى الأمور المستعجلة، إذا ما تأكد أن الفصل فى الدعوى المستعجلة سوف يكون فيه مساس بالموضوع، هو حكم برفض الدعوى وإذا ما استؤنف هذا الحكم ، وإذا ما قامت محكمة الاستئناف بإلغائه، وبما أنه حكم موضوعى، وبما أن للاستئناف أثر ناقل فى حدود ما فصل فيه قاضى أول درجة، وفى حدود ما رفع الاستئناف، إذن يكون لمحكمة الاستئناف إذا ما ألغت الحكم المطعون فيه أن تنظر موضوع النزاع، أى موضوع الدعوى المستعجلة. هنا نشاهد إخلال بمبدأ التقاضى على درجتين ويكون لمحكمة الاستئناف هنا التصدى لموضوع النزاع من أن حقها فى التصدى لا يوجد فى القانون المصرى. بل أن أكثر من هذا يعتبر موضوع النزاع بمثابة طلب يعرض بصفة مبتدأة على

---

(١) نقض مدنى ١٩٥٩/١/١٥ مجموعة النقض س ١٠ ص ٧٧٠
- مستعجل مصر ١٩٣٦/٧/٢٩ المحاماة س ١٧ ص ٢٣٦
- نقض مدنى ١٩٥١/١٢/٢٠ مجموعة النقض س ٣ ص ٢٦٦.
- نقض مدنى ١٩٥٠/١١/٢٣ مجموعة النقض س ٣ ص ١٠٥.

محكمة ثانى درجة[1]. وعلى العكس من ذلك، فإذا ما اعتبرنا أن الحكم الصادر من القاضى المستعجل فى الحالة التى يقدر فيها أنه سوف يمس حتما بموضوع النزاع ،إذا ما اعتبرنا هذا الحكم هو حكم بعدم الاختصاص ، وتم استئناف هذا الحكم، فإن سلطة المحكمة الاستئنافية تقتصر على إلغاء الحكم المستأنف، أو مجرد تأييده حسب ما تراه. دون أن تمتد سلطتها إلى تناول الموضوع، أى موضوع الدعوى المستعجلة ، للحكم فيه طالما أن محكمة أول درجة لم تستنفذ ولايتها بالنسبة إليه[2].

والسؤال الآن هو : هل تنطبق كل هذه المبادئ إذا حكم القاضى المستعجل بعدم الاختصاص،على أساس أن الدعوى المطروحة أمامه لا يتوافر فيها عنصر الاستعجال.فى هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأن على محكمة الاستئناف عند إلغاء الحكم الصادر بعدم الاختصاص وجوب قيام محكمة الاستئناف بالتصدى لنظر الموضوع، ويرى الفقه أنه فى هذه الحالة لا يوجد أى فارق بين الحكم بعدم الاختصاص،والحكم بالرفض من ناحية نظر محكمة الاستئناف للموضوع[3].

وكانت محكمة النقض قد حكمت بأنه متى كان الحكم وان قضى فى منطوقه بعدم الاختصاص قد أقام قضاءه فى ذلك على أن تصدى قاضى الأمور المستعجلة لتفسير سند الوكالة لتعرف حدوده ومداه مما يمتنع عليه

---

(١) أمينة النمر، مناط الاختصاص، رسالة، ص ٣١١-٣١٢.
- أبو الوفا ، التعليق ، ص ٢٤٩.
- أما إذا إعتبرنا أن الحكم بالرفض الصادر من قاضى الأمور المستعجلة لو فصل فى موضوع الدعوى المستعجلة، أى فى الإجراء الوقتى أو التحفظى المطلوب، فإن التحليل السابق يكون سليم ، وإذا ألغته محكمة الاستئناف فإنها تنظر ذات هذا الموضوع السابق الفصل فيه بعكس الحال إذا ما قصد بالموضوع الأساس الذى يراد حمايته. وهذه التفرقة هامة ودقيقة.

(٢)أمينة النمر، المرجع السابق، ص ٣١٢.

(٣) أبو الوفا، التعليق، ص ٢٥١.

لمساسه بأصل الحق، فإن استئناف هـــذا الحكـــم ينتقـــل إلـــى المحكمـــة الاستئنافية الدعوى المستعجلة بكافة عناصرها وهمـــا: الاســـتعجال، وان المطلوب إجراء لا يمس الحق، وهما مناط الاختصاص. ولازم ذلـــك أن يكون موضوع الدعوى المستعجلة بركنيها مطروحاً حتما علـــى محكمـــة الدرجة الثانية، لتفصل فيه وهى تقضى فى مسألة الاختصاص التى هـــى فى حقيقتها الدعوى المستعجلة نفسها[1]، وإذ هى تفعل ذلك فإنها لا تكـــون بصدد حالة من حالات التصدى. والواقع أنه بالتأمل فى هذا الحكم نجـد أن محكمة النقض قد أيدت محكمة الاستئناف إذ فصلت هـــذه الأخـــيرة فـــى موضوع الدعوى المستعجلة.

وتقصد محكمة النقض هنا بموضوع الدعـــوى المســـتعجلة الحكـــم الصادر فى إجراء وقتى مستعجل، وهذا هو موضوع الدعوى المســـتعجلة، وليس الأمر فى رأينا يتعلق بموضوع الدعوى المتعلق بأصل الحق والـذى قامت الدعوى المستعجلة بقصد حمايته. وتأكيداً لذلك نرى محكمة النقـــض تقول: " استئناف الحكم المستعجل ينقل إلى محكمة الاســـتئناف الدعـــوى المستعجلة بكافة عناصرها" . وهذا إعمال بسيط للأثر الناقل للاســـتئناف. وتقول محكمة النقض أيضا: " أن الاستعجال وان المطلوب هو إجـــراء لا يمس الحق هما مناط الاختصاص" . ومفهوم ذلك هو أن سلطات محكمـــة الاستئناف سوف تقتصر على الحكم المستعجل بالإجراء الوقتـــى. أيضـــاً تقول محكمة النقض : " ولازم ذلك أن يكون موضوع الدعوى المســـتعجلة بركنيها مطروحاً حتماً على محكمة الدرجة الثانية".

الخلاصة إذاً ، أنه لا يوجد فى هذه القضية أى تعرض من محكمـــة الاستئناف لموضوع الحق الذى رفعت الدعوى المستعجلة بصدده. وعلى

---

(١) نقض مدنى ١٩٥٥/١/٢٠ مجموعة النقض س ٦ ص ٥١٥.

- وهذا الحكم يوضح تماما ما قصدناه فى الهامش السابق من أن الموضوع يقصد به الإجراء الوقتى أو التحفظى المطلوب اتخاذه، والـــذى يجـــب علـــى محكمـــة الاستئناف أن تنظره إذا ما ألغت الحكم الصادر من أول درجة.

هذا ينبغى أن يكون التفسير فى الحالات المماثلة[1].

٩٣- ومحكمة الأمور المستعجلة تحددها المادة ٤٥ من قانون المرافعات المصرى ،وعلى ذلك فالقاضى المستعجل قد يكون هو القاضى الجزئى، أو القاضى المنتدب فى مقر المحكمة الابتدائية، أو قاضى الموضوع إذا رفع النزاع المستعجل أمامه على سبيل التبع للدعوى الأصلية. واستئناف الأحكام المستعجلة يكون أمام المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية، أما الأحكام المستعجلة التى تصدرها محكمة الموضوع فيما يرفع إليها من طلبات مستعجلة بطريق التبعية،فهذه يطعن فيها بالاستئناف أمام محكمة الاستئناف أو أمام المحكمة الابتدائية منعقدة بهيئة استئنافية بحسب نوع المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه[2].

والواقع من الأمر أنه إذا كان جواز استئناف الأحكام الصادرة فى المواد المستعجلة مقرراً بالمادة ٢٢٠ من قانون المرافعات أيا كانت المحكمة التى أصدرتها، لأن هذه الأحكام تصدر ابتدائية فى جميع الأحوال وايا كانت المحكمة التى أصدرتها إلا أن المشرع قد يأتى فى أحوال خاصة وينص صراحة على منع الطعن فى بعض الأحكام المستعجلة. مثال ذلك الحكم الصادر فى دعوى قصر الحجز المنصوص عليه فى المادة ٣٠٤ من قانون المرافعات، ومثال ذلك أيضاً ما تنص عليه المادة ٣٩٤ من قانون المرافعات على أنه يجوز لصاحب المصلحة أن يرفع دعوى بهدف طلب الاستمرار فى التنفيذ وذلك فى الأحوال التى ترفع فيها دعوى استرداد المنقولات المحجوزة بالمخالفة لنموذجها القانوني[3].

---

(١) راجع وجهة نظر مخالفة ، أبو الوفا، التعليق، ص ٢٥١.

(٢) القاهرة الابتدائية ١٩٦٢/١١/٢٧ المجموعة الرسمية س ٦١ ص٤٨٠.

(٣) نبيل عمر .إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية ط. أولى١٩٧٩ ص٣٨٠ وما بعدها .

وأخيراً فإذا كانت القاعدة المنصوص عليها في المادة ٢٢٠ من قانون المرافعات تعني قابلية الأحكام المستعجلة بغض النظر عن قيمتها ، فإننا قد نصادف في العمل دعوى موضوعية بحسب قيمتها لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف، يصدر بمناسبتها حكم مستعجل يكون قابلاً للطعن فيه بالاستئناف بصفة مطلقة، والحكمة في ذلك ترجع لاعتبارات السياسة التشريعية التي بناء عليها شيد نظام القضاء المستعجل .

٩٤- **ثانيا:** استئناف الأحكام الانتهائية الصادرة من محاكم الدرجة الأولى بسبب وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات اثر في الحكم .

دراسة هذا الموضوع الهام- في رأينا- تقتضي بحث المسائل الآتية:

١- ضرورة تحديد معنى انتهائية الحكم في هذا المجال.

٢- تحديد معنى بطلان الحكم.

٣- تحديد معنى بطلان الإجراءات المؤثر في الحكم.

٤- سلطات محكمة الاستئناف إزاء الطعن المرفوع أمامها.

ونبدأ الآن المعالجة التفصيلية لكل مسألة من هذه المسائل.

٩٥- **أولاً:** ضرورة تحديد معنى انتهائية الحكم بصدد نص المادة ٢٢١ من قانون المرافعات(١).

تنص المادة ٢٢١ من قانون المرافعات الحالي في صدورها على أن : " يجوز استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى بسبب.... " .

وكانت المادة ٣٩٦ من قانون المرافعات السابق تنص في صدرها أيضاً على أنه :" يجوز استئناف الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية أو

---

(١) نبيل عمر، دراسات في فلسفة قانون المرافعات، ص ١٠٧والمراجع المشار إليها.

الابتدائية فى حدود نصابها الانتهائى بسبب..." وبناء على ذلك فإنه يمكن ملاحظة الاختلاف فى الصياغة بين نص المادة ٢٢١ الحالى، ونص المادة ٣٩٦ السابق.

ومناط الاختلاف يكمن فى تحديد الفارق بين عبارة : " الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى" المنصوص عليها فى المادة٢٢١ من قانون المرافعات الحالى، وعبارة:" الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية أو الابتدائية فى حدود نصابها الانتهائى".

وكان الرأى قد اختلف بصدد هذين التعبيرين . وفى ظل القانون السابق ذهب رأى إلى قصر الاستئناف على الأحكام الصادرة فى حدود النصاب الانتهائى. وذهب رأى آخر إلى الامتداد بهذه العبارة إلى الأحكام النهائية ولو صدرت من المحكمة الابتدائية بوصفها درجة استئنافية تعويضاً عن منع الطعن فيها بطريق النقض وهو ما كان جائزا قبل القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٢. وذهب رأى ثالث إلى حصر هذه الأحكام فى الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى بصفة انتهائية، وهو ما يخرج الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية بوصفها درجة استئنافية ويمتد إلى الأحكام النهائية ولو جاوزت حدود النصاب الانتهائى، كما لو نص القانون على اعتبارها كذلك. ويرى البعض أن القانون الحالى قد أخذ بهذا الاتجاه الوسط[١].

ومع ذلك ، فقد ذهب البعض[٢] إلى القول بأن المادة ٣٩٦ من قانون المرافعات السابق كانت تنص قبل تعديلها بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٥٦ على أنه يجوز استئناف الأحكام الصادرة من محكمة المواد المحاكم الابتدائية . ولهذا بقيت هذه الأحكام وليس من طريق لإصلاحها أمام محكمة النقض .

---

(١) راجع فى كل ذلك : محمد كمال عبد العزيز ، ص ٤٣٨.

(٢) محمد العشماوى، المرافعات ج ٢ ، ص ٨٥٥ ، هامش ٢.

ويرى هذا القه أنه قد نشأ عن هذا الوضع مركز شديد الغرابة. إذ أصبح من الممكن إخضاع الأحكام الصادرة فى حدود اختصاص القاضى الجزئى النهائى لنوع من النقض يقدم إلى المحكمة الاستئنافية ، وذلك فى الأحوال التى يستند الطعن فيها إلى بطلان فى الحكم أو بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم. وفى الناحية الأخرى لم يوضع نص مماثل لمواجهة هذا التعديل بالنسبة للأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية فى حدود نصابها النهائى ، ما دام قد ألغى طريق الطعن بالنقض فى هذه الأحكام.

٩٦- ومن جهة أخرى، يرى البعض الآخر من الفقه[١]أن المقصود بالأحكام الصادرة بصفة انتهائية هى تلك الأحكام التى صدرت فى حدود النصاب النهائى للمحكمة الابتدائية باعتبارها محكمة أول درجة. وبالتالى لا يسرى النص على الأحكام الصادرة من المحكمة الابتدائية باعتبارها درجة استئنافية. وبناء على ذلك أيضاً ، فالقول بعكس هذا الرأى يؤدى إلى إمكان عرض النزاع على درجة ثالثة وإلى إعادة الاستئناف من جديد بعد الفصل فيه. بل أن عكس الرأى السابق يؤدى أيضاً إلى أن حكم القاضى الجزئى الذى طعن فيه بالاستئناف عملاً بالمادة ٣٩٦ من القانون السابق، يمكن أن يكون هدفاً لاستئناف جديد عملاً بذات نص المادة ٣٩٦ أيضاً . وكل هذا لا يمكن أن يكون قد دار بخلد المشرع .

الخلاصة إذن حسب هذا الرأى هى أن الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى هى تلك التى صدرت فى حدود النصاب الانتهائى.

والرأى المستقر الآن فى تحديد الحكم الانتهائى بصدد أعمال المادة ٢٢١ من قانون المرافعات يقصر هذا المصطلح على الأحكام الصادرة بصفة انتهائية، أى الصادرة غير قابلة للطعن فيها بالاستئناف، سواء

---

(١) عبد الوهاب العشماوى، المرجع السابق، ص ٨٥٧، هامش ١.

بصدورها فى حدود النصاب الانتهائى، أو لأن القانون قد منع الطعن فيها بالاستئناف رغم أنها قد صدرت فى حدود النصاب الابتدائى[1].

وعلى ذلك فإذا كان الحكم قد صدر قابلاً للطعن فيه بالاستئناف، وقبل المحكوم عليه الحكم، فليس له الطعن وفقاً لهذا النص(م٢٢١) ، ولو كان الحكم باطلاً ، لأن قبوله لهذا الحكم يفترض فيه أن قد تنازل عن التمسك بأوجه البطلان التى تشوبه. والعبرة فى جواز الاستئناف أو عدم جوازه وفقاً للنص محل التعليق،ليست بما وصف به الحكم بل هى بطبيعة ما قضى به[2] . كما لا يعتد فى هذا الصدد باتفاق الخصوم على اعتبار الحكم ابتدائياً أو انتهائياً إذا كان هذا الاتفاق مخالفاً لنصوص القانون[3].

وقد أثار نص المادة ٢٢١ من قانون المرافعات خلافاً بالنسبة للأحكام الصادرة فى حالات منع المشرع بنص خاص الطعن فى الأحكام الصادرة فيها.

من ذلك المادة ٢/١٥ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ الخاص بإيجار الأماكن . والمادة ٩ (ثالثا) من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٤٤ بشأن رسوم التسجيل ورسوم الحفظ. والمادة ١٤ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة. ويرى بعض الفقه أن محكمة النقض المصرية قد استقرت على عدم تطبيق المادة ٢٢١ من قانون المرافعات على الأحكام الصادرة فى المنازعات الناشئة عن تطبيق قانون إيجار الأماكن التى جعلها المشرع نهائية غير قابلة للطعن بالاستئناف، وذلك على أساس أن هذا القانون تشريع خاص تضمنت نصوصه قواعد تعتبر استثناء من أحكام قانون المرافعات ولا سبيل إلى إلغاء أحكامه إلا بتشريع ينص على هذا الإلغاء[4]. وينتقد البعض هذا الاتجاه على اعتبار

---

(١) فتحى والى، المرجع السابق، ص ٥٩٤.

(٢) نقض مدنى ١٩٥٠/٢/٩ مجموعة النقض س ١ص ٢٢٨.

(٣) عبد المنع حسنى ، المرجع السابق، ص ٢٤١.

(٤) نقض مدنى ١٩٦٧/٥/٣٠ مجموعة النقض س ١٨ ص ١١٦٣ . مشار إليه فى=

أنه محل نظر وخاصة إذا لوحظ أن النص الجديد ينص على : " الأحكام الصادرة بصفة انتهائية "، كالآتى :" الأحكام الصادرة فى حدود نصابها الانتهائى " [1].

٩٧- وفى هذا الصدد قام جانب آخر من الفقه بإجراء التفرقة التالية بصدد الأحكام التى ينص تشريع خاص على عدم الطعن فيها بالاستئناف، فذهب هذا البعض إلى القول بأن المنع من الطعن إذا قرره المشرع بنص خاص باللفظ فإنه يمتنع تطبيق حكم المادة ٢٢١من قانون المرافعات بصدده. ما إذا اكتفى المشرع بالنص على اعتبار الحكم انتهائياً فإن الطعن فيه يكون جائزاً بسبب بطلان فى الحكم أو بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم[2].

وذهب فريق آخر من الفقه والقضاء إلى أنه يجوز الطعن بالاستئناف فى الأحكام التى تقضى التشريعات الخاصة باعتبارها نهائية متى كانت هذه الأحكام باطلة أو كانت مبنية على إجراءات باطلة، والعلة فى ذلك أنه إذا كان الحكم الذى لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف طبقاً للقواعد العامة التى تحدد نصاب الاستئناف،يجوز استئنافه إذا شابه بطلان، فمن باب أولى يجوز استئناف هذا الحكم إذا صدر فى موضوع يقبل الاستئناف طبقاً للقواعد العامة، فضلاً عن أن الالتجاء إلى طريق الاستئناف فى هذه الحالة هو الوسيلة الوحيدة لتظلم المحكوم عليه من حكم باطل[3].

ومع هذا يرى البعض الآخر من الفقه أن الأحكام التى ينص

= فتحى والى ،ص ٥٩٤.

(١) فتحى والى ، ص ٥٩٤ ، هامش ١.

(٢) أبو الوفا، التعليق، ج ١ ،ص ٦٧٨.

(٣) استئناف القاهرة ١٩٦٠/٢/٦ القضية رقم ١٤٠ لسنة ٧٦ ق، مجلة إدارة قضايا الحكومة س ١ص ٥ العدد ٣ .

- رمزى سيف، الوسيط، ص ٨١٨.

المشرع على عدم قابليتها لأى طريق من طرق الطعن، فإنها تعتبر نظـراً لذلك باتة ويكون المشرع قد أغلق كل طريق من طرق الطعن بصددهـا، وأيا كان سبب الطعن[1].

٩٨- وفى رأينا أن الحكم البات هو الذى يصدر من محكمة النقض فهذا الحكم وحده هو الذى لا يقبل الطعن فيه بأى طريـق مـن طـرق الطعن[2].

أما الأحكام التى ينص المشرع على عـدم جـواز الطعـن فيـها بالاستئناف، فإنها تعتبر صادرة بصفة انتهائية(م ٢٢١). وهى فـى ذلـك تستوى، من زاوية النظر إلى هذه الصفة، مع الأحكام الصادرة فى حـدود النصاب الانتهائى،ومع الأحكام التى ينص المشرع على اعتبارها انتهائية، ولم يقل أحد فى هذه الأحوال بـأن مثـل هـذه الأحكـام تعتـبر باتـة irrevocable[3].

ومن جهة أخرى فإن نص المادة ٢٢١ من قـانون المرافعـات إذ يجيز الطعن بالاستئناف بصفة استثنائية ، فى طائفة خاصة من الأحكـام، هى الأحكام الباطلة أو المبنية على إجراء باطل، هذا النـص بـاعتراف الجمهور هو نص استثنائى . مظهر الاستثناء فيه أنه يحدد أسباب للطعـن بالاستئناف. وهو فى تحديده لهذه الأسباب يخرج بالاستئناف عن وضعـه المألوف باعتباره طريقاً عادياً من طرق الطعن فى الأحكام، ويحوله إلـى طريق غير عادى للطعن فى الأحكام. ومظهر ذلك يتجلى فى السـلطات المحدودة التى تعطى للخصوم وللمحكمة عند نظر هذا الطعن وكما سوف نرى من بعد.

---

(١) أبو الوفا، التعليق، ص ٦٧٨.

(٢) نبيل عمر ، النظرية العامة للطعن بالنقض ص ٤٠٠ وما بعدها.

(٣) وربما يرجع هذا الفقه فى وصفه هذا إلى اعتبار الذى يؤدى إلـى القـول بـأن صدور الحكم بصفة انتهائية من محكمة الدرجة الأولى يحول بينه وبين الطعن فيه بالاستئناف وبالتالى لا يجوز غالباً الطعن فيه بالنقض وفقا للمادة ٢٤٨ مرافعـات، وعلى هذا الأساس يعتبر باتاً.

من جهة أخرى ، وهذا هو المهم وهو أيضاً ما ننفرد بقوله: " فإنـــه حين يأتى المشرع فى أى قانون، وينص على أن أحكاماً معينة لا يجـــوز الطعن فيها بأى طيق، فإننا يجب أن ننظر لمعرفة جواز أو عدم جـــــواز أعمال المادة ٢٢١ على هذه الأحكام، لا إلى قـــانون المرافعـــات ككـــل باعتباره الشريعة العامة فى الإجراءات ، وإنما يجب أن ننظر إلى القانون الذى يحدد المنع من الطعن باعتباره هو الشريعة العامة في عدم جــــواز الطعن(١). ثم ننظر من جهة أخرى إلى نص المـــــادة ٢٢١ مـــن قـــانون المرافعات باعتبارها تتضمن استثنائياً ، وبالتالى فإنه إذا صدر حكم مما لا يجوز فيه الطعن بنص القانون، فإن هذا الحكم يقبل الطعن فيـــه اســـتثناء وأعمالاً للنص الخاص الوارد فى المادة ٢٢١ مـــن قـــانون المرافعـــات، وحقيقة الأمر، ومما يؤيد وجهة نظرنا، فإننا نعتقد أن المشرع مـــا كـــان يجول فى خاطره منع الطعن فى أحكام باطلة أو مبنية على إجراء بـــلطل، لماذا؟ لأن اعتبارات العدالة ذاتها تأبى ذلك.

٩٩- ثانياً: فى تحديد معنى بطلان الحكم :

من المعروف أن البطلان nullité هو مشكلة نواجه فكرة الجـــزاء على بعض العيوب ، ولكى يتقرر البطلان فإنه من الواجـــب أن تكـــون المخالفة التى ارتكبت من الجسامة إلى درجة تخول القاضى أعمال هـــذا الجزاء(٢).

وفى نطاق البطلان فإننا نجد الفقه يميز بين نوعين من البطلان فى

---

(١) نبيل عمر ، أنظر الروح العامة لهذا التحليل فى دراســـات فـــى فلســـفة قـــانون المرافعات. دروس على الآلة الكاتبة لطلبة الدكتوراه ١٩٧٩/١٩٨٠ ص٩٠.

(٢) Deveze: De la regle : Voies de nullité n'not lieu contre les jugements" These Toulouse . 1938 .p. 45 et s.

Lalou : l'abus des nullité en procedure D.H. 1933 p. 120

Japoit : La nullité de actes juridiques . These . Dijon .1909 p. 120

Level :Sur la notion de formalite substantielle en droit judiciaire prive. Rec Lois et Decrets . 1959.Dact. p. 5 et s.

هذا المجال: فالقاضى من الممكن أن يخالف القاعدة القانونية، أو يخطى في تفسيرها أو يطبقها تطبيقا خاطئا فى قراراه القضائى. وفى مثل هذه الأحوال فإن الخطأ الحادث هنا لا يمكن أن يصدر إلا من القاضى نفسه، هذا الخطأ فى رأينا هو خطأ لصيق بالوظيفة القضائية ذاتها la fonction juri-prudentielle هذا هو العيب فى الحكم c'est vice de jugement أو ما يسمى l'error in judicando .

وفى نفس التسلسل الفكرى فإن القاضى لا يخالف فقط قواعد القانون الموضوعى عند أعمالها على وقائع النزاع، بل أنه يخالف قواعد القانون ضد مخالفته القواعد الإجرائية، فالقانون قد وضع لنشاط القاضى الإجرائى حدود معينة، هذه الحدود هى قواعد الإجراءات، بمخالفتها يخالف القاضى القانون الإجرائى une erreur de procedue أو I' error in procedando .

ومن جهة أخرى فإن التمييز، بين الخطأ فى الإجراءات، والخطأ فى الحكم القضائى، أو القرار القضائى، لا يتطابق مع التمييز الشائع بين قوانين الشكل أو القوانين الإجرائية. والقوانين التى تحكم الموضوع le fond du droit . فالقاضى يمكن أن يرتكب خطأ فى الحكم الصادر منه ويكون هذا الخطأ متعلق بالإجراءات ، فى مثل هذه الأحوال فإن مثل هذا الحكم يكون باطلا le jugement sera atteint de nullité مثل هذا الحكم يختلف تماما عن الحكم الصادر بالمخالفة للقانون الذى يحكم أصل الحق le mal juge . والسبب فى هذا بسيط، أى السبب فى هذا التفرقة بين هذين النوعين من الأحكام ، فبصدد الحكم الباطل لا نكون إزاء مناقشة مضمون مثل هذا الحكم .

مثل هذا المضمون لا يناقش ، لكن يحدث العكس ، أى لكى يناقش مضمون الحكم ، فيجب أولا ومن حيث الشكل أن يكون الحكم غير باطل، مثل هذا الحكم الباطل ما هو إلا الوصول الطبيعى لمجموعة إجراءات لم تتطابق مع نموذج القاعدة الإجرائى لكى تكون صحيحة(١).

(١) Carbonnier : Note au D. 1935. I- 52

وعندما نتكلم عن بطلان الحكم القضائى فـــى القـــانون الحديـــث ، فيجب أن يكون حاضراً فى الأذهان أن هذا البطلان يتعلق بعيوب متعلقـــة بشكل الإجراءات التى أدت إلى هذا الحكـــم ، داخـــلاً فيـــها الإجـــراءات المتعلقة بإصدار هذا الحكم ذاته. معنى ذلك من ناحية أخرى أننا لا ننظـــر إلى مضمون الحكم فى مثل هذه الأحوال، فمن المستقر فى الفقه والقضـــاء مواجهة أو النظر إلى صحة الحكم بغض النظر عن مضمونه أى القـــرار الكامن فيه l'oeuvre juridiectionnel .

وتبرير ذلك من الناحية الفنية سهل:فمضمون الحكم Son Contenu يكون قابلاً للطعن فيه، كمبدأ عام، لأى سبب من الأسباب المحددة.

ومن جهة أخرى فمن الملاحظ أن الهدف النهائى لفكرة البطلان فـــى نطاق قانون المرافعات ترمى فى نهاية الأمر إلى أعمال أو تطبيق القـاعدة القانونية التى يوقع الجزاء على مخالفتها.

ومن هنا فقد ذهب البعض بحق إلى القـــول بـــأن جـــزاء القـــاعدة القانونية هو الذى يحدد فعاليتها:

C'est la sanction d'une regle qui mesure son efficacite.(١)

والقواعد القانونية التى تحكم الخصومة القضائية وتسيطر على الحـم القضائى تهدف فى نهاية الأمر إلى المساعدة فى إظـــهار الحقيقـــة. هـــذه الحقيقة لن تظهر إلا إذا كانت إعادة المطابقة بين المركز الواقعـــة الـــذى حدث الإخلال به والمركز القانونى النموذجـــى الموجـــود فـــى القـــاعدة القانونية، سليمة وكاملة.

وإذا ما تم الطعن فى الحكم القضائى الصادر من أول درجة ، فإن

---

(١) Hebraud. Revue critique 1936. Chron . de jurisp p. 10.
Vincent . precis p. 502.
Solus et perrot. Droit juddiciaire prive T.1.p. 395
Vincent .op.cit , p. 503

اهتمام القاضى والخصوم ينصب فى المقام الأول على فحص القضاء الموضوعى الوارد به. فهذه القضاء الكامن فى القرار القضائى المطعون فيه هو الذى يهم فى المقام الأول، بحيث أن فحص هذا القضاء ورقابته يجب بشكل أو بآخر مسألة بطلانه الإجرائية .

وفى هذا المعنى يقوم بعض الفقه الفرنسى أن :

La recherche de bien-jugé est celle qui importe en definitive et les voies de recours les plus communement admises sont organisees non pour la simple invocation d'une inefficactié de la sentence . mais pour la recherche du bien- juge du celui-ci (1)

١٠٠- سبق القول إذاً أن القاضى وهو بسبيل إصدار حكمه قد يقع فى خطأ فى الإجراءات فالحكم يعتبر عملاً قانونياً يخضع لمقتضيات معينة، ويجب أن تسبقه أعمال إجرائية أخرى يلزم أن تتم صحيحة لكى ينتج الحكم آثاره القانونية. فإذا وقع عيب فى الحكم كعمل قانونى سواء كان عيباً ذاتياً فيه أو فى عمل سابق عليه، ترتب عليه بطلان أثر فى الحكم ، كما سوف نرى من بعد(٢).

ومن القاضى أيضاً قد يقع فى خطأ فى التقدير هذا الخطأ يقع من القاضى عند أعماله لإرادة القانون،هذا الخطأ يطلق عليه الخطأ فى التقدير ومن المقرر أن هذا الخطأ يقع فى جميع الحالات التى يخطئ فيها القاضى فى أعمال القانون.وذلك سواء تعلق الأمر بخطأ فى القانون.

خطأ فى الواقع بأن كانت الواقعة لم تثبت على نحو كاف، أو كان تقدير القاضى للواقعة الثابتة غير سليم ، تضمن الحكم عناصر موضوعية

---

(١) Roger Perrot Note au Dallox . 1952p. 565

Vincent .op . cit . p. 505

- نبيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض ، ص ٢٥٠ وما بعدها.

(٢) فتحى والى، المرجع السابق ، ص ٥٦٠.

غير سليمة.

أما الخطأ فى القانون فيحدث بصدد الأعمال الخاطئ للقاعدة القانونية أيا كانت صورة هذا الخطأ[1]فى هذه الأحوال فإننا نكون إزاء حكم باطل . والحكم الباطل يختلف عن الحكم المنعدم. فالحكم إذا فقد ركنا من أركان وجوده فإنه يفقد صفته كحكم، ويصير منعدماً . وأركان الحكم هىأن يصدر من محكمة تتبع جهة قضائية ،وأن يصدر من هذه الهيئة بما لها من ولاية القضاء، وان يكون مكتوباً،فالقانون لا يعرف حكماً شفويا[2].

ويعدد الفقه الأمثلة على الصور التى يكون فيها الحكم باطلا. فمن ذلك الحكم الصادر من قاضى يجوز رده عملاً بالمادة ١٤٨ ، والحكم الصادر فى قضية لم تمثل فيها النيابة العمومية، على الرغم من أن القانون يوجب تمثيلها ، ويعتبر باطلاً أيضاً الحكم الصادر فى قضية نطق بالحكم فيها، مع تخلف أحد القضاة الذين اشتركوا فى المداولة عن الحضور، وعدم توقيعه على مسودة الحكم ، والحكم الصادر فى دعوى صحيفتها باطلة يكون باطلاً[3].

وعلى العموم فإنه للوقوف على ما شاب الحكم من بطلان أو ما شاب الإجراءات من بطلان اثر فى الحكم ، فإن يتعين الرجوع إلى القواعد المقررة فى شأن إجراءات الخصومة وما يرد عليها من أوجه البطلان وإلى القواعد الخاصة ببطلان الأحكام، والحالات التى ينص فيها القانون على ذلك[4].

والحكم الباطل إذاً هو الحكم الذى يخالف نموذجه القانونى، فيكون مشوباً بخطأ فى الإجراء أو بخطأ فى التقدير.

---

(١) فتحى والى، المرجع السابق، ص ٥٦٠.

(٢) أبو الوفا، الأحكام، ص ٣٣٦.

(٣) أبو الوفا، الأحكام، ص ٣٣٦.

(٤) العشماوى، ج٢ ، ص ٨٥٨.

١٠١-ثالثا: معنى وقوع بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم :

هذا هو السبب الثانى الذى نصت عليه المـــادة ٢٢١ مــن قــانون المرافعات المصرى لإجازة الطعن فى الأحكام الانتهائية بالاستئناف.

وتنص المادة٣/٢٤ من قانون المرافعات على أنـــه : " ولا يــترتب على بطلان الإجراء بطلان الإجــراءات الســابقة عليــه أو الإجــراءات اللاحقة إذا لم تكن مبنية عليه" . ومفهوم المخالفة واضح، وعلى ذلك فإنــه يترتب على بطلان الإجراء بطلان الإجراءات السابقة عليه أو الإجـواءات اللاحقة إذا كانت مبنية عليه. والنادر فى هذا الموضوع أن يؤثر بطـــلان العمل الإجرائى فى صحة الأعمال السابقة عليه، اللهم إلا إذا كانت هـــذه الأعمال السابقة مبنية على العمل اللاحق. والقاعدة فى هذا الشأن هـــى أن بطلان العمل الإجرائى يؤدى إلى بطلان الأعمال اللاحقة المرتبطـــة بـــه دون الأعمال المستقلة عنه[1]. هذه القاعدة تثير فى الواقع مسألتين:

الأولى: هى متى يكون العمل اللاحق مستقل عن العمل السابق؟

الثانية: هى متى يكون العمل اللاحق مرتبط بالعمل السابق؟

والواقع أننا إذا نجحنا فى تحديد علاقة الارتباط هذه ، فإن مفـــهوم المخالفة لهذا التحديد يؤدى بنا إلى تحديد موازى ومقابل لمعنـــى العمـــل الإجرائى اللاحق والمستقل عن العمل الإجرائى السابق.

هذا التحديد بشقيه ضرورى حتى تتضح الصورة لنا تمامـــاً حيـــن تعالج بطلان الإجراءات المؤثرفى الحكم،موضوع المادة٢٢١محل الدراسة

ذهب رأى إلى القول بأن العمل اللاحق يعتبر مرتبطاً بالعمل السابق إذا كان هذا الأخير مفترضاً أو شرطا لصحة العمل اللاحق.

ومعنى هذا أن القانون يتطلب لصحة العمل أن يسبقه عمـــل آخـــر صحيح. هذا العمل الأخير هو الذى وقع باطلاً، هذا البـــطـــلان يؤثر

---

(١) فتحى والى، نظرية البطلان، رسالة، ص ٦٧٥.

بالضرورة على العمل اللاحق فيبطله بالضرورة. ومثال ذلك أن صحيفة افتتاح الخصومة تعتبر المفترض القانون اللازم لغالبية الأعمال الإجرائية بحيث يترتب على بطلان هذه الصحيفة بطلان الأعمال الإجرائية التي تليها. ولهذا فإن سائر الطلبات والدفوع تعتبر باطلة تبعاً لبطلان صحيفة افتتاح الدعوى. هذا هو الرأى الراجح فى تحديد صلة الارتباط بين العمل السابق والعمل اللاحق. وهو الرأى الراجح أيضاً فى تحديد متى يعتبر بطلان العمل السابق مؤثراً فى بطلان العمل اللاحق[1].

ومع ذلك ، وتطبيقاً لما سبق، فإنه قد يحدث ألا تعتبر صحيفة الدعوى مفترضاً قانونيا للحكم ، فهذه الصحيفة تعد مفترض قانون لكل الإجراءات المتعلقة بالخصومة المتولدة عنها. ومع ذلك ففى حالة الحكم الصادر ببطلان هذه الصحيفة ، فالحكم الصادر باعتباره إجراء لاحق، لا يتأثر ببطلان الصحيفة.

ومن المسائل الدقيقة التى تثور بصدد التمييز بين بطلان الأحكام، وبطلان الإجراءات الذى أثر فى الأحكام، بمعرفة ما إذا كان بطلان الدليل يؤدى إلى بطلان الحكم الصادر فى الموضوع الذى اعتمد على هذا الدليل. ويرى البعض أنه إذا كان الدليل باطلاً فإن الحكم الذى استند عليه لا يعتبر باطلاً إلا إذا لم تكن هنا أسباب كافية غير هذا الدليل[2]. على أنه من جهة أخرى، إذا كان الحكم باطلاً لعدم كفاية الأسباب فليس ذلك أثراً مباشراً لبطلان الدليل وإنما هو بطلان لعيب ذاتى فى الحكم هو عدم التسبيب[3].

ومن جهة أخرى يرى البعض أنه لا يعتبر باطلاً الحكم الذى يصدر بناء على غش القانون- حيث يتواطأ الخصوم فيما بينهم لإخفاء الحقيقة

---

(١) فتحى والى، رسالة، ص ٦٧٧.

(٢) نقض مدنى ١٩٤٦/١٠/٣١ مجموعة عمر، ج ٥ ، ص ٢٣٠.

(٣) فتحى والى، رسالة، ص ٦٧٨.أبو الوفا، الأحكام، ص ٤٠٠ وما بعدها.

عن القاضي للحصول على حكم ينهى عنه القانون، فمثل هذا الحكم يعتبر فحسب معيباً بخطأ فى التقدير[1]. ولكننا مع هذا نرى أن مثل هذا الحكم يعتبر قد أخطأ فى تطبيق القانون أيا كانت صورة الخطأ الذى ينسب إلى القاضى فى هذا الحالة ، وبناء على ذلك فمثل هذا الحكم يعتبر باطلاً [2].

١٠٢- ويشترط لاعتبار الحكم قد بنى على إجراء باطل، بناء على كل ما سبق، أن يتخذ فى الدعوى إجراء باطل، سواء تعلق هذا الإجراء بافتتاح الخصومة أو بسيرها، أو بإثباتها، وسواء كان البطلان منصوصاً عيه بلفظة صراحة أم لا، وسواء كان البطلان متعلقاً بالنظام العام أو غير متعلق به.

ويشترط ثانياً أن يكون صاحب المصلحة فى التمسك بالبطلان لم يسقط حقه فيه. ومن جهة ثالثة يشترط ألا تكون المحكمة قد قضت بصحة الإجراء ثم بنت حكمها فى الموضوع على قضائها بصحة الإجراء، إذ لا يعد الحكم فى هذه الحالة مبنياً على إجراء باطل ولو كان البطلان متعلقاً بالنظام العام . ويشترط رابعاً أن يبنى الحكم المطعون فيه على ذات الإجراء الباطل. ويشترط أخيراً ، أن يكون الطاعن هو ذات الخصم الذى مسه الإجراء الباطل إلا إذا كان البطلان متعلقاً بالنظام العام، كما يشترط أن يتمسك الطاعن بالبطلان قبل تعرضه للموضوع إلا فى الأحوال التى يتعلق فيها البطلان بالنظام العام[3].

---

(١) فتحى والى، رسالة، ص ٤٤٩ .

(٢) نبيل عمر، دراسات فى فلسفة قانون المرافعات، ص ١٠٧ وما بعدها.

- نبيل عمر ، النظرية العامة للطعن بالنقض، ص ٢٥٠ وما بعدها.

(٣) محمد كمال عبد العزيز،ص٤٤٢،عبد المنعم حسني،ص ٢٦٩،أبو الوفا،الأحكام،ص٣٣٧.

- نقض مدنى ١٩٦٣/٦/٢٠ مجموعة النقض س ١٤ ص ٨٩٦.
- نقض مدنى ١٩٦٥/٥/٢٠ مجموعة النقض س ١٦ ص ٦١٤.
- القاهرة الابتدائية ١٩٥١/١١/٢٦ المحاماة س ٣٤ ص ٤٥.

١٠٣- **رابعاً:** فى سلطات محكمة الاستئناف إزاء الطعن المرفوع إليها بمقتضى المادة ٢٢١ من قانون المرافعات المصرى.

يحيط المشرع الأحكام باحترام خاص، فيعترف لها بحجية هى ما يسمى بحجية الشئ المحكوم له .

ومضمون هذه الحجية أن الحكم متى أصدرته المحكمة فإنه يعتبر عادلاً، أى أنه يتضمن إرادة القانون الحقيقية فى الحالة المعروضة، وانه صحيحاً ، أى يوافق النموذج القانون للحكم، وهو نتيجة إجراءات صحيحة[١].

ولهذا فإذا صدر الحكم فليس للمحكمة التى نظرت النزاع ، أو لأية محكمة أخرى ، أن تعود إلى النظر فى نفس النزاع ولا أن تعدل الحكم أو تلغيه، وليس لأحد من الخصوم أن يشكك فى عدالة الحكم أو فى صحته. والحجية بهذا المعنى تثبت لجميع الأحكام القطعية. وهى تثبت للحكم بمجرد صدوره، ورغم ذلك فهى ليست ثابتة أو دائمة. فالحكم يصدره قاضى ، والقاضى بشر، والبشر غير معصوم من الخطأ .

وإذا كانت حجية الأحكام تهدف إلى تأكيد ثبات الحقوق لأصحابها، واحترام الأحكام الصادرة من القضاء ، فإن هذا الاعتبار يصطدم باحتمال وقوع القاضى فى الخطأ . لهذا حاول المشرع التوفيق بين هذين الاعتبارين عن طريق فتح باب الطعن أمام الأحكام، وليس معنى إمكانية الطعن فى الحكم أنه لا يحوز الحجية، وإنما معنى ذلك أن الحجية التى يحوزها الحكم هى حجية مؤقتة ، قلقة ، غير مستقرة[٢]. وخارج الطرق التى حددها القانون وبين حدودها للطعن في الأحكام، لا يجوز الطعن فى الحكم بأى طريق ، ويعبر عن ذلك فى فرنسا بأن دعاوى البطلان لا محل لها بالنسبة للأحكام القضائية .

---

(١) فتحى والى، الرسالة ، ص ٥٩٥.

(٢)فتحى والى، الرسالة ، ص ٥٩٦.

وهذه القاعدة تصدق سواء كان محل الشكوى التظلم من عدالة الحكم أم من صحته،وفيما يتعلق بصحة الأحكام القضائية، فلا يجوز رفع دعوى أصلية ببطلان الحكم، كما هو الحال بالنسبة للعقد الباطل، كذا لا يجوز الدفع ببطلان حكم سابق يراد الاحتجاج به فى خصومة قائمة.ولا يجوز للمدعى عليه أن يقدم طلباً عارضا يفترض بطلان حكم صدر لمصلحة المدعى فى خصومة سابقة،لأن ذلك يعتبر طعناً على حكم قضائى باستخدام وسيلة الدعوى القضائية .

ولا يجوز اذاً التمسك ببطلان الحكم إلا بطرق الطعن فى الأحكام التى نظمها القانون.فإذا استنفذت هذه الطرق،أو كان الحكم أصلاً لا يجوز الطعن فيه بأى طريق، أو أصبح كذلك بانقضاء مواعيد الطعن، ترتب على هذا تصحيح البطلان الذى يشوب الحكم،سواء أكان ذلك البطلان لعيب ذاته فيه،أم لعيب مستمد من بطلان الأعمال الإجرائية السابقة عليه[1].

هذه القاعدة – رغم صحتها– يحد منها أو يقيد من إطلاقها ما قد ينص عليه القانون من أوضاع مخالفة، ومثالنا الشهير على ذلك نص المادة٢٢١ من قانون المرافعات محل هذه الدراسة. وكل ما نستعرضه الآن رغم بعده الظاهرى عن نقطة البحث، التى تتعلق بسلطات محكمة الاستئناف عند إعمال المادة ٢٢١، إلا أنه ضرورى لضبط وتحديد هذه السلطات.

---

(١) فتحى والى، الرسالة ، ص ٥٩٦

- مثل هذه القواعد يعتبرها هذا الفقيه من القواعد الأساسية فى القوانين الحديثة، وهى مثل النتيجة الإجرائية لحجية الشئ المحكوم فيه. وايضاً فهذه القواعد تعتبر نتيجة للصفة الإجرائية البحتى لبطلان الأعمال الإجرائية. وبطلان الأحكام يعتبر بطلاناً إجرائياً يتم فى الخصومة . ولا جوز التمسك به إلا داخل الخصومة وبالوسائل المقررة فيها .

- راجع فتحى والى، المرجع السابق، ص ٥٩٧-٥٩٨.

يرى بعض الفقه أنه يمكن من الناحية النظرية تقسيم طرق الطعن المتصورة ضد حكم ما إلى نوعين:

الأول: طريق طعن بالمعنى الخاص، أى طريق يرمى إلى الطعن بمعناه اللفظى، أى يرمى إلى مهاجمة حكم صدر، إلى التشكيك فى صحته أو فى عدالته.

الثانى: طريق إعادة فحص النزاع، وهو طريق لا يرمى إلى الطعن مباشرة فى الحكم، وإنما يرمى إلى طرح النزاع الذى فصل فيه الحكم أمام قاض آخر(1).

ويولد هذا الفقه من تقسيمه هذا النتائج التالية:

١- الطريق الأول من طرق الطعن يرمى إلى الحصول على حكم فى نزاع لم يسبق الفصل فيه، وهو النزاع حول عدالة الحكم الأول أو صحته.

أما الطريق الثانى فيرمى إلى الحصول على حكم ثان فى نزاع سبق الفصل فيه.

وفى رأينا أن أى تقسيم يعطى لطرق الطعن هو تقسيم تحكمى وشكلى. تحكمى لأن طرق الطعن كلها ترمى إلى التشكى أو التظلم من قضاء صدر من أول درجة أو من محكمة الموضوع بصفة عامة. هذا التظلم يهدف إلى إعادة الأمور إلى نصابها وبيان جهة نظر القانون، والعدالة فى النزاع السابق الفصل فيه.

أما كون تقسيمات طرق الطعن تقوم على اعتبار شكلى . فذلك أن الفقه، بصدد دراساته التأصيلية يستند تارة على أسباب الطعن ، وتارة أخرى على شكل الطعن، وتارة ثالثة على الهدف من الطعن لكى يجرى

---

(١) فتحى والى، الرسالة ، ص ٦٠١ ، و هذا الراى مأخوذ عن الفقه الإيطالى ، المراجع فتحى والى، هامش ٢ .

تقسيمات ، مجرد تقسيمات مدرسية لهذه الطرق، وإنما يظل جوهر الطعن واحد: هو التظلم من الحكم . أما التقسيم الذى يقوم به الفقه السابق، والذى يشقه إلى طعن بالمعنى الخاص، وطن يرمى إلى إعادة فحص النزاع، فإننا نراه مجرد تظلم من قضاء أول، يطرح على قاضى آخر، ليفصل فى النزاع بشكل آخر(١).

وأما عن أول نتيجة متولدة من هذا التقسيم ،فلنا عليها العديد من الملحوظات: فهذا الرأى قد اعتبر عدالة الحكم الأول أو عدم صحته نزاعاً لم يسبق الفصل فيه، أى أنه من المستحيل أن تكون هذه المسألة قد طرحت على القاضى الأول من قبل ، ومع ذلك فالنزاع فى عدالة أو صحة لا يمكن أن يثور إلا بعد الفصل فى النزاع من أول قاضى بأول حكم. بعد هذا الفصل يطعن فى الحكم ، أيا كانت طريقة الطعن، هدف الطعن هو الحصول على حكم ثان فى ذات النزاع ، بناء على إعادة فحص ذات النزاع السابق فحصه والفصل فيه من قبل ، وهنا تختلط هذه النتيجة بالنتيجة التى يستخلصها هذا الرأى من تقسيمه لطرق الطعن إلى طرق طعن بالمعنى الخاص، وطريق لإعادة فحص النزاع.

٢- ومن جهة أخرى، يرى هذا الفقه أن استعمال طريق الطعن بالمعنى الخاص يؤدى إلى تغيير حالة قانونية موجودة ، إذ يؤدى إلى نشأة خصومة جديدة مختلفة عن الخصومة التى أدت الحكم المطعون فيه. أ ما استعمال طريق إعادة فحص النزاع، فإنه يؤدى إلى منع تمام حالة قانونية لم تتم بعد، فيمد الخصومة التى صدر فيها الحكم المراد تعديله، والحكم الجديد قد يكون مطابقاً للحكم الأول وقد يكون مخالفاً له(٢).

---

(١) نبيل عمر، دراسات فى فلسفة قانون المرافعات، ص ١٠٨ وما بعده.
- نبيل عمر، سبب الطلب القضائى أمام محكمة الاستئناف، ص ٢٠١ وما بعدها.
- نبيل عمر، سبب الطلب القضائى ، رسالة بالفرنسية ، ص ٤٠٠ وما بعدها.
- نبيل عمر ، النظرية العامة للطعن بالنقض ، ص ٣٠٠ وما بعدها.
(٢) فتحى والى . الرسالة ، ص ٦٠٢ .

ونلاحظ على هذه النتيجة ايضاً ، أن الفقه الحديث منقسم فيما بينه إزاء خصومة الطعن، وهل تعتبر خصومة جديدة، أم هى ذات الخصومة السابقة ، وإنما الجديد فيها هى الإجراءات والشكليات المتبعة فقط، وعلى أى حالة ليس هنا مجال معالجة فكرة الخصومة التى سوف نعود إليها وبتفصيل واسع فيما بعد.

وحينما يقول هذا الفقه أن استعمال طرق الطعن بالمعنى الخاص يؤدى إلى نشأة خصومة جديدة ، فإنه يغفل أن طريق الطعن الثانى أى طريق فحص النزاع ينشأ هو الآخر خصومة جديدة لم تكون موجودة من قبل، وهى خصومة فحص النزاع.

وطريق الطعن المسمى بإعادة فحص النزاع يستوى مع طريق الطعن الخاص وذلك فى حالة صدور حكم من محكمة الطعن مغاير للحكم المطعون فيه، وهنا أيضاً ينعدم أى فارق بين طريقى الطعن.

وإذا كانت وسائل الطعن فى الأحكام ترمى إلى القضاء على عيوب الحكم ،فإننا فى هذا نتفق مع النتيجة التى يصل إليها الرأى محل البحث[1]

٣-يرى هذا الرأى أن طريق الطعن بالمعنى الخاص يرمى إلى القضاء على عيوب الحكم ولهذا فإنه لا يجوز استعماله إلا إذا كان الحكم معيباً سواء في صحته أو فى حقيقة ما يقضى به،ويجب على من يستعمله أن يثبت تعيب الحكم.وإذا كان القانون يجيز هذا الطريق من طرق الطعن لمواجهة عيوب معينة(كما هو الحال فى المادة ٢٢١ محل البحث) ،فيجب إثبات أن العيب الذى أصاب الحكم هو من هذه العيوب[2].

ولكن حينما يصل هذا الرأى إلى القول بأن الطريق الثانى من طرق الطعن، حسب التقسيم الذى يجريه، أى طريق إعادة فحص النزاع، يوجد فى جميع الحالات التى يرى فيها المشرع أن درجة واحدة أو فحصاً

(١) فتحى والى . الرسالة ، ص ٦٠٢

(٢)فتحى والى . الرسالة ، ص ٦٠٣.

واحداً لا يكفى ، فيكون للمحكوم عليه أن يستعمله ولو لم يكن الحكم معيبا بأى عيب ، فإننا هنا نختلف عن هذا الرأى ، لأنه فى هذه الحالة لا توجد لدى الطاعن أى مصلحة فى مجرد طلب إعادة فحص النزاع، وبإنتفاء المصلحة تنتفى الدعوى كما يقول التقليديون .

١٠٤- وبالنسبة للحالات التى يكون فيها الحكم الانتهائى باطلاً أو مبنياً على إجراءات باطلة، يرى البعض أنه حتى فى هذه الحالات، فإن المحكوم عليه الذى يطعن فى هذا الحكم بالاستئناف لا يلزم ببيان أسباب بطلانه، كما أن قاضى الاستئناف يدخل مباشرة فى الموضوع دون حاجة للبحث فيما إذا كان الحكم معيباً أم لا، بل دون أن يلزم بهذا. ويرى هذا الفقه أيضاً أن الاستئناف ينظمه المشرع باعتباره طريقاً لإعادة فحص النزاع. وإذا استعمل هذا الطريق للتمسك ببطلان حكم أول درجة، أى كطريق طعن بالمعنى الخاص، فإن صفته كطريق لإعادة فحص النزاع تستغرق وظيفته كطريق طعن بالمعنى الخاص فى الحالات التى يستعمل فيها كذلك[1].

وبصدد أعمال المادة ٢٢١ وبالنسبة لسلطات محكمة الاستئناف ، فإن هذا الفقه يرى أن النظام القانونى للطعن بالاستئناف يحتفظ فى هذه الحالة بصفته كطريق لإعادة فحص النزاع.وكل ما يترتب على استخدامه، ونظراً لأن ولوج هذا الطريق مقيد بعيوب معينة، فإنه يجب على قاضى الاستئناف قبل إعادة فحص النزاع أن يثبت من وجود العيب المعين الذى يخول المحكوم عليه بالاستئناف. وعلى المحكوم عليه أن يثبت وجود أحد هذه العيوب، ويحكم قاضى الاستئناف بالبطلان ثم ينظر الموضوع[2]. ومع ذلك يتحفظ هذا الرأى ويرى أن محكمة الاستئناف لا تستطيع أن

---

(١) فتحى والى . الرسالة ، ص ٦٠٣ .

(٢) فتحى والى . الرسالة ، ص ٦٠٤ .

Hebraud effet devolutif et evocation. Colloque d'Aix-en- provence. la voie d'appel 1963 .p. 140.es.

تنظر النزاع إلا إذا كان قد سبق نظره من محكمة أول درجة، ولا يهم، كما يقول هذا الرأى، ما إذا كان قاضى أول درجة قد اصدر حكما صحيحاً أو باطلاً ، عادلاً أم غير عادل[1].

وعلى ذلك فإذا كانت محكمة أول درجة لم تنظر النزاع، فإن محكمة الاستئناف لا تستطيع أن تعيد نظر النزاع. فى مثل هذه الأحوال على محكمة الاستئناف أن تلغى حكم أول درجة إذا كان معيباً وتحيل القضية إلى محكمة أول درجة لتفصل فيها.

١٠٥- والواقع أن هذا الرأى يجد صداه فى العديد من الأحكام القضائية ، مثال ذلك :

- وقد حكم تطبيقا لكل ما سبق بأن بطلان الحكم الابتدائى لعدم تسبيبه لا يسوغ إعادة القضية لمحكمة أول درجة بعد أن استنفذت ولايتها بالحكم فى موضوعها[2].

- وأنه إذا استنفذت محكمة أول درجة ولايتها بالحكم فى موضوع الدعوى ورأت محكمة الاستئناف أن الحكم المستأنف باطل لعيب فى الإجراءات فإنه يتعين عليها ألا تقف عند حد تقرير هذا البطلان، بل يجب أن تمضى فى الفصل فى موضوع الدعوى بحكم جديد تراعى فيه الإجراء الصحيح الواجب اتباعه[3].

-وحكم أيضا بأنه متى كانت محكمة الاستئناف قد رأت أن الحكم المستأنف باطل لصدوره فى مواجهة شخص لا يمثل النقابة الطاعنة - بعد زوال صفة ممثلها السابق- فإن لا يصح إعادة القضية إلى المحكمة الابتدائية للفصل فيها من جديد، بل يتعين على محكمة الاستئناف أن

---

(١) فتحى والى . الرسالة ، ص ٦٠٦ .

(٢) استئناف القاهرة ١٩٧٠/٢/٢٦ قضية رقم ٤٥٨ س ٤٦ ق.

(٣) نقض مدنى١٩٥٣/٣/٢٦ مجموعة النقض س ٤ ص ٧٧٠.

تمضى فى نظرها ، وان تفصل فى مواجهة الممثل الحقيقى للنقابة[1].

- ومع هذا فقد قضى بأنه لا يجوز لمحكمة الاستئناف، فى نطاق المادة ٢٢١ أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه عملاً بالمادة ٢٩٢ من قانون المرافعات ، فأعمال هذه الأخيرة قاصر على الأحكام المطعون فيها بالاستئناف والمشمولة بالنفاذ المعجل،وإنما نطاق أعمال المادة ٢٢١ مرافعات قاصر على الأحكام الانتهائية بالتحديد السابق لنا بيانه،وهذه الأحكام تكون قابلة للتنفيذ الجبرى حسب القواعد العامة[2].

ومما هو جدير بالإشارة ، فى نفس هذا السياق، أن المحكمة الاستئنافية عند استئناف الأحكام المتقدمة يطرح عليها النزاع برمته فى حدود ما رفع عنه الطعن ،وتفصل فى موضوع الدعوى من جديد بحكم يقبل الطعن بالنقض[3].

وإذا كان هذا هو الوضع فى القانون المصرى فإن المسألة محل خلاف فى القانون الفرنسي. وهذا الخلاف لم ينقطع حتى بعد صدور القانون الفرنسى للمرافعات الجديد سنة ١٩٧٦.

هذا الخلاف نستعرضه فيما يلى ونخصص لذلك مطلباً رابعاً.

---

(١) نقض مدنى ١٩٧١/٥/٢٧ مجموعة النقض س ٢٢ص ٧٠٢.

(٢) نبيل عمر ،إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية ، ط أولى ١٩٧٩ص٢٥٠

(٣) نبيل عمر ، النظرية العامة للطعن بالنقض، ط أولى ١٩٨٠ ، منشأة المعارف، ص ٤٥٠ وما بعدها.

- أبو الوفا، التعليق، ج ١ ، ص ٦٧٩.

المطلب الرابع

الأثر الناقل للاستئناف نتيجة إبطال حكم أول درجة أمام محكمة الاستئناف

" La dévolution consecutive á l'annulation d'un jugement en appel" ;

١٠٦- فى نطاق دراستنا للأثر الناقل للاستئناف الذى ينتج عن الطعن فى حكم أول درجة بهذا الطريق بهدف التوصل إلى تقرير بطلانه سوف نبدأ فى فرع أول بدراية الفقه والقضاء الذى يرى أن محكمة الاستئناف تتولى نظر الموضوع- موضوع الطلب القضائى- بأكمله بما للاستئناف من أثر ناقل Effet dévocation .

ثم بعد هذا نتناول الفقه والفضاء الذى يؤيد القول بأن محكمة الاستئناف تتصدى لنظر موضوع الطلب القضائى برمته بما لها من الحق فى التصدى Droit devolutif .

ونتناول فى فرع ثالث وأخيراً موقف القانون الفرنسى الجديد الصادر سنة ١٩٧٦ بصدد هذه المشكلة .

وننتقل الآن للمعالجة التفصيلية لهذه المسائل

الفرع الأول

إبطال حكم أول درجة فى الاستئناف والأثر الناقل

Annulation du jugement de premier degre en appel et effet devolutif

١٠٧-هناك فقه لا يرى فى الطعن بالاستئناف إلا أنه طريق

لإصلاح حكم صادر من أول درجة: هذه هى وظيفة الاستئناف بحسب تصويرها التقليدى.

l'appel est une voie de reformation de par sa vocation naturelle

والاستئناف باعتباره طريقا لإصلاح القضاءِ الصادرِ مِن أول درجة يؤسس على فكرة التقاضى على درجتين:

l'idee du double degre de juridiction .

فهذا الطريق من طرق الطعن يرمى فى المقام الأول إلى إعادة الفصل فى ذات قضية أول درجة مرة ثانية بواسطة قضاء أعلى هو قضاء الاستئناف، وينتج من هذا أن الاستئناف- حسب هذا الرأى- لا يمكن أن يكون له وظيفتين وإنما وظيفة واحدة: إصلاح قضاء سيئ صادر من أول درجة.

ومع هذا فقد حاول هذا الفقه ذاته أن يبرر الحالات التى يقوم فيها الاستئناف بوظيفة فنية ترمى إلى الوصول إلى إبطال حكم أول درجة، حاول هذا الفقه إيجاد تبريراً لهذه الوظيفة ، فاستند إلى اتجاه قضائى قوى مبنى على الحجة المستمدة من الخصيصة العرضية والثانوية للاستئناف حين يستخدم كسبيل للوصل إلى بطلان قضاء أول درجة[1].

---

(١) مكرر : راجع الفصل الثالث من الباب الثالث من هذا المؤلف فى دراسة الحق فى التصدى بوجه عام .

Motulsky : Les rapports entre l'éffet devolutif et l'evocation J.C.P., 1933-1-1095.

Nouvelles reflexions sur l'effet devolutif et l'evocation .J.C.P., 1938.II No. 1423.

Glasson , Tissier et Morel : Proc. Civ, T. III, 1925 5eme ed. P.628.

Japoit : Traite elementaire de proc .civ. 1935.p. 314.

Counu et Foyer : Proc. Civ. 1958. Mis a jour 1960,p. 460.

Vincent : Precis D. 1967, p.7 14.

فالتوصل إلى إبطال annulation حكم أول درجة يجب بحسب الأصل والمنطق أن يتم التوصل إليه عن طريق استخدام دعوى البطلان الأصلية l'action principale en nullité، وليس عن طريق استخدام النظام القانوني للطعن فى هذا الحكم بالاستئناف.

ومع هذا ، فنظرا لأن القاعدة التقليدية فى القانون الفرنسى الإجرائى تقول بأن البطلان الأصلية لا يمكن استخدامها كأداة فنية للتوصل إلى بطلان حكم أول درجة، ويجب لتقرير هذا البطلان استخدام الطعن بالاستئناف. وبما أن الخصوم مجبرين على استخدام هذا الطريق من طرق الطعن، وبما أن وظيفة هذا النظام sa fonction لا تؤدى بحسب التركيبة الفنية لهيكلها إلى تقرير هذا البطلان[1]، فإن الاستئناف فى الأحوال التى يستخدم فيها كأداة فنية لتقرير هذا البطلان يقوم – فى الحقيقة – بوظيفة مختلفة عن وظيفته الأصلية، فهو يستخدم كدعوى بطلان : l'appel tient lieu d'une voie de nullite .

١٠٨– ورغم هذا ، فالاستئناف لا يتحول، نتيجة لهذا الاستخدام المولد لهذا الأثر، إلى طريق من طرق البطلان، بمعنى أنه لا يصبح دعوى بطلان أصلية وأن كان يولد واحدا من أهم أثارها وهو تقرير بطلان الحكم الصادر من أول درجة .

أما بالنسبة إلى الدور الذى يسمح به لإرادة الخصوم فى هذه العملية فإن هذا الفقه يقرر أن هذه الإرادة لا تلعب أى دور فى هذا المجال.

= Miguent : L'mmutabilite et l'evolution de litigen Thése Toulouse 197 5 , p. 531 et s.

(١) Deveze , op, cit., p. 45.

Perrot , L'infeluence de la technique sur-le but des institutions juridiques These Paris , 1947, p. 12 et s.

Raynaud , R.T.D.C: 1953.p. 888, .1955., p.119.

بمعنى أن الاستئناف لا يمكن أن يتحول إلى دعوى بطلان أصلية بـــإرادة الأطراف.

وبالأخذ فى الحسبان كل هذه الاعتبارات ، فإنه قد أمكن القـــول ، بأن الطعن بالاستئناف قد يكتسب – بشروط معينة– صلاحيات تجعل مـن الممكن استخدامه كطريق مؤدى إلى تقريـــر بطـــلان الحكـــم القضـــائى المطعون فيه، بمعنى أنه يلعب ذات الدور الذى تلعبه دعـــوى البطـــلان الأصلية . ومثال ذلك الطعن بالاستئناف للتوصل إلى إبطـــال حكـــم أول درجة إذا ما شابه عيب الاعتداء على مبـــدأ الفصـــل بيـــن السـلطات ، والاستئناف – فى القانون الفرنسى– للحكم الصادر من المحكمة للتوصـــل إلى إبطاله نتيجة مخالفته لمبدأ احترام حقوق الدفـــاع la violation des droits de la defense وذلك فى الأحوال التى يكون فيها أطراف اتفاقيـــة التحكيم قد تنازلوا عن الطعن بالاستئناف.

وفيما يتعلق بالآثار الناشئة عن استخدام طريق الاستئناف كوســـيلة للتوصل إلى تقرير بطلان حكم أول درجة، وبالنظر فى هذا المجال إلـــى السلطات المخولة لمحكمة الاستئناف، فـــهذا الاتجـــاه يـــرى أن قـــاضى الاستئناف يجد نفسه ممنوعاً empeche من الفصل فـــى الموضـــوع[١]، والحجة التى يقدمها هذا الرأى لتدعيم وجهة النظر التى يدافع عنها تكمـــن فى واقعة أن العناصر اللازمة لكى يتمكن قاضى الاستئناف من الحكم فى الموضوع فى مثل هذه الأحوال لا تكون متوافرة.

ومعنى هذا أن معطيات أو مفترضات القضية المعروضـــة علـــى قاضى الاستئناف حسب هذا الرأى لا تسمح له بالفصل فى الموضـــوع،

---

(١) Cass.Civ.17/1/1873.D.P. 1873-1-448
Cass. Civ. 2/12/1901.D.P. 1902-1-48.
Cass.Civ. 2/12/1901.S. 1902-1-33
Cass Soc. 30/6/1950 .Bull.Civ. p. 153.
Cass. Soc. 13/5/1955.Bull. Civ. P. 309

وليس لأن نظام الطعن بالاستئناف قد تغير وتحول إلى دعــوى أصليــة للبطلان(١). ونلاحظ بصدد هذه الحالة على وجه الخصوص أن التمييــز بين الاستئناف كوسيلة لإصلاح قضاء أول درجة ، والاستئناف كوســيلة لتقرير بطلان حكم أول درجة يقدم لنا فائدة مؤكدة بصدد سلطات محكمــة الاستئناف(٢).

١٠٩- وهناك فقه آخر يواجه الوسائل المستخدمة بواسطة الخصوم أمام محكمة الاستئناف، ويترك جانبا التحليل الفنى للتركيب الهيكلى لنظام الطعن بالاستئناف وهذا لكى يبرهن لنــا علــى أن للاســتئناف وظيفــة مزدوجة(٣).

ويبدأ تحليل هذا الفقه من النقاط الآتية: فحسب الوســائلMoyens التى يستخدمها الخصوم أمام محكمة الاستئناف، فإن هــذه الوســائل قــد يستخدمها الأطراف بهدف التوصل إلى إصــلاح حكــم أول درجــة la reformation du contenu de la decision ، أو قد ترمى هذه الوسـائل إلى التوصل إلى بطلان حكم أول درجة، وبصدد هذه الحالة الأخيرة يرى بعض الفقه أنه فى الحالات التى لا يكون فيها الاستئناف جائزا رفعه لأى سبب من الأسباب ، وإنما يتحدد رفع الاستئناف بناء على عيوب محـــددة على سبيل الحصر، ففى مثل هذه الحالات لا يكون هذا الطريق من طرق الطعن. طريقا عــاديــا لمــهاجــمة الحــكــم الصـــــادر مـــن أول درجــة ، وأن يكـــون طريقـــا استئنـــافيا . وبنـــــاء علــــى هـــذا فـــإن محـــكمـــة الاستئـــناف فـــى مثل هذه الأحـــوال لا

---

(١) Ameilhaud , L'effet devolutif de l'appel, These Toulouse , 1942.p.50 et s.

(٢) Hebraud,D.C. 1843. L. 10 2eme et 3 eme Cal.
Raynaud ,R.T.D.C. 1952 119. 551.1953, p. 387.

(٣) Carbonnier : Cass 31/12/1934.D. 1935-1-52.

يكون لها أن تنظر كل النزاع الذى حسمه حكم أول درجة ، بـل يقتصـر الأثر الناقل للطعن طريقا عاديا لمهاجمة حكم أول درجة، وإنمـا يكـون طريقا استثنائيا للاستئناف على المسائل التى حددت لرفع هـذا الأخـير. وبصدد الحالات التى يستخدم فيها النظام القانونى للاستئناف للتوصل إلـى إبطال حكم أول درجة، فإن بعض الفقه يرى أن الاستئناف فى هذه الحالـة لا يكون له أثرا ناقلا بالنسبة لموضوع الطلب القضائى.

فسلطة محكمة الاستئناف تقتصر فقط على مجرد إبطال حكـم أول درجة، وعلى الخصوم، إذا أرادوا، أن يلجأوا مرة ثانية إلى محكمـة أول درجة عارضين عليها النزاع مرة ثانية لكى تتولى الفصل فيـه بطريقـة صحيحة .

وهنا يعتبر الطعن بالاستئناف فى حقيقة الأمر مجرد دعوى بطـلان أصلية ، ولا يختلف الاستئناف عن هذه الدعوى إلا بصدد بعض المسـائل التى تتعلق بالمدة أو الإجراءات أو الشكل أو الاختصاص القضائى. ومـع هذا، ورغم قوة هذا الرأى الذى يرتكز على الوسـائل التـى يسـتخدمها الخصوم لإمكانية إعطاء الاستئناف مكنة القيـام بوظيفتيـن: إصـلاح أو إبطال حكم أول درجة، فإن هذا الرأى لم يلقى تأييدا لا فى الفقه ولا فـى القضاء(١).

١١٠- ومع هذا فقد حاول البعض تأييد هذه النظرية بـالقول بـأن الأطراف عن طريق استخدام وسائل معينة يستطيعون جعـل الاسـتئناف طريقا من طرق البطلان بالنسبة لحكم أول درجة، وينتـج هـذا تنـازل الأطراف عن بعض آثار الاستئناف- الأثر الناقل على سبيل المثال- ومـع ذلك ورغم التنازل عن الأثر الناقل للاستئناف، فإن هذا الطريق من طـرق الطـعن لا يحدث له أى تغيير فيما يتعلق بهيكله الداخلى structure a

---

(١) Raynaud : R.T.D.C. 1953, p. 596./ 1954,p. 553 et 373
Raynaud, op. Cit

intrinseque[1] .

وحقيقة الأمر فى صدد هذه المسألة أن النظـــام القـــانونى للطعـــن بالاستئناف قد خلق وتم تنظيمه تشريعيا ونظريا بـــهدف التوصـــل عـــن طريقه وفى المقـــام الأول إلـــى إصـــلاح حكـــم أول درجـــةvoie de reformation لقضاء سيئ صادر من أول درجة. ومع هذا يلاحظ بعـض الفقهاء أن الوسيلة الفنية أيا كان نوعها يمكن أن تكشـــف عـــن طريـــق الممارسة أنها صالحة للتوصل إلى بعض النتائج المفيدة والتى لم تدر فـــى ذهن خالق هذه الوسيلة الفنية لحظة التفكير فيها[2]. فالوســـيلة الفنيـــةle moyen technique قد تبتدع لكى تحقق هدف معيـــن pour realiser ومع هذا فقد تكشف الممارسة الفعلية لهذه الوسيلة الفنية عن صلاحية ذات هذه الوسيلة لتحقيق غايات أخرى تحل محل الغاية الأولى التى خلفت هذه الوسيلة الفنية لتحقيقها أصلا[3].

١١١- ولكن، فمن المعروف أن الوسائل الفنية يستحيل نقلها مـــن داخل نظام قانونى معين إلى داخل نظام قانونى آخر، ومـــن المســـتحيل استخدام هذه الوسائل الفنية لتحقيق غايات وأهداف لم تصنع وتصمم هـــذه الوسائل لتحقيقها بحسب الأصل. وحتى إذا أمكن هـــذا الاســـتخدام هـــذه الوسائل لتحقيق هذه الأهداف المغايرة للأهداف الأصلية التى من أجلـــها خلقت الوسائل الفنية، فإن الهدف الجديد سوف يتم تحقيقه بطريقة ملتويـــة ومشوهة، ولن يتم التوصل إليه بذات الكمال الذى تتوصـــل إليـــه هـــذه الوسيلة الفنية بالنسبة للهدف الأصلى الذى خلقت هذه الوسائل من أجله.

والمنطق ينصح فى مثل هذه الأحوال بأنه فى جميع الأحوال التى

---

(١) Motulsky , op. Cit

(٢) Perrot, P. 16.

(٣) Perrot , P.18

يراد فيها استخدام وسيلة فنية معينة، لتحقيق هدف لم تخلق هذه الوسيلة أصلاً لتحقيقه ، ينصحنا المنطق بأن نأخذ دائماً في الاعتبار الفعالية الداخلية لهذه الوسيلة الفنية، بمعنى أنه يجب النظر إلى الهدف الأصلى الذى خلقت من أجله هذه الوسيلة الفنية[1].والواقع أن العلاقة بين الوسيلة الفنية وغايتها تكون من القوة بحيث يصعب نقل أو اقتراض هذه الوسيلة الفنية لتحقيق غاية مختلفة عن غايتها الأصلية .

ويرى الفقه أنه كلما كانت الغاية المراد الوصول إليها من استخدام أداة فنية معينة، محددة وواضحة بطريقة لا خلاف عليها، فإن هذا التحديد والوضوح يؤثر على الوسيلة المستخدمة، فإذا حاول البعض استخدام هذه الوسيلة الفنية لتحقيق هدف أو غرض آخر، فإن الهدف أو الغاية الأولى تؤثر على الغاية الجديدة تأثيراً ينعكس على الوسيلة الفنية المفترضة بهدف التوصل إلى هذا الهدف الجديد.

١١٢- بعد هذا الاستعراض الفلسفى لفكرة الوسيلة والغاية فى نطاق المنطق القانونى فإننا نقول، أن النظام القانونى للاستئناف يستخدم العديد من الوسائل الفنية، هذه الوسائل الفنية، توجد داخل هذا النظام القانونى مرتبة بشكل معين، هذا الترتيب يؤدى إلى عمل النظام القانونى لهذا الطريق من طرق الطعن بكيفية معينة، طريقة العمل هذه ترمى فى المقام الأول إلى التوصل إلى غاية محددة. هذه الغاية هى إصلاح القضاء السيئ الصادر من قاضى محكمة أول درجة،ويتولد من هذا - من الوسيلة والغاية- أن الاستئناف يكون له أثراً ناقلاً .

وأيضاً فإن دخول النزاع تحت سيطرة محكمة الاستئناف، نتيجة استخدام هذا الطريق من طرق الطعن، يتصور كأحسن ما يكون عندما يستخدم هذا الطريق من طرق الطعن بهدف التوصل إلى إصلاح حكم أول درجة .

---

(١) Perrot, P. 19.

ولكن ابتداء من اللحظة التى يستخدم فيها الاستئناف كوسيلة فنية للتوصل إلى إبطال حكم أول درجة ، فهنا يحدث التواء فى المسار الطبيعى للوسيلة الفنية، نظراً لاختلاف الغاية الجديدة، عن الغاية التى خلقت الوسيلة الفنية من أجل تحقيقها(١).

وفى مثل هذه الأحوال فإنه من المفيد أن نلاحظ أن القانون - لاعتبارات مختلفة- قد وضع تحت تصرف الأشخاص وسائل فنية لم تخلق أصلاً لتحقيق الغاية التى يريدون التوصل إليها.

ويرى بعض الفقه ذو الكلمة المسموعة فى فرنسا، أن المشرع، اقتصاداً فى الإجراءات، قد أعطى الخصوم فى بعض الأحوال وسائل فنية إجرائية une technique procedurale من الممكن أن يغطى أهداف أو أغراض مختلفة فالاستئناف أحياناً يعتبر - حسب هذا الرأى- وسيلة لإصلاح القضاء المطعون فيه من أول درجة ، وأحياناً أخرى يستخدم طريق الاستئناف للتوصل إلى إبطال هذا الحكم أمام ثانى درجة.

وبناء على هذا - كما يرى هذا الرأى - فقد كان من المحتم نظراً لتعدد الأهداف la polyvalence de buts أن ينوع الفقه والقضاء فى الشروط اللازمة لهذا الاستئناف، وان ينوع أيضاً من الآثار المتولدة عن الاستئناف حين يستخدم لتحقيق غاية تختلف عن الغاية التى وجد النظام من أجلها(٢).

---

(١) Perrot , op. Cit., p. 20

J. Hauser: Subjectivisme et objectivisme dans l'acte juridique , Thee , Paris , 1969. P. 450

Vincent , op, cit . p. 726.

Perrot , Note precitee

(٢) Perrot , Not precedente .

P. Appleton : Note sous Civ. 12/5/1936. D. 1938. I. 273. .

وفى الجملة ، فإذا كان المشرع قد وضع تحت تصرف الخصوم أداة إجرائية معينة، خلقت لخدمة غرض معين، ووضعها المشرع تحت تصرف الأطراف للوصول إلى غاية أخرى، فإن هذا المشرع قد تصور أنه ابتداء من لحظة معينة هى لحظة صدور الحكم القضائى من أول درجة، فإن البحث عن اصلاح هذا القرار القضائى يتعدى مسألة صحة الإجراءات القضائية التى أدت إلى إصدار هذا الحكم(١). معنى هذا أنه يمكن استخدام الاستئناف للتوصل إلى إبطال حكم أول درجة. ومعنى هذا أيضا أن الاستئناف يكون له أثر ناقل ، ومعنى هذا ثالثا أن محكمة الدرجة الثانية تفصل فى موضوع النزاع بما لها من سلطة مخولة بمقتضى الأثر الناقل .

١١٣- وفى الختام ، فهناك كلمة يجب أن تقال فى هذا الصدد. نظام الاستئناف خلق ونظم للوصل إلى غاية معينة، هذه الغاية هى إصلاح حكم أول درجة، وبناء على هذا ، فطريق الاستئناف إذا استخدم كوسيلة لإبطال حكم أول درجة، فإنه يقوم بهذه الطريقة بطريقة غير سليمة ، فالوسائل الفنية تحتفظ دائما بروح الهدف الذى خلقت لتحقيقه.

ولعلة من المفيد أن نتساءل : أليس من الأفضل هجر قاعدة أن دعاوى البطلان لا تستخدم بهدف التوصل إلى إبطال الأحكام القضائية:
La regle : " Voies de nullite n'not lieu contre les jugements " .

أليس من الأفضل استخدام الأشياء باسمها، واستخدام الدعاوى للتوصل إلى إبطال هذه الأحكام ، فهذه الدعاوى قد خلقت للوصول إلى هذا الهدف على وجه التحديد.

وندرس فيما يلى،إبطال حكم أول درجة واستخدام محكمة الاستئناف لحقها فى التصدى، وأثر ذلك على موضوع الطلب القضائى.

---

(١) Tissier : Note Sous Cass . 20/1/1987 S. 1899.I. 273.
Tissier, Note Sous Cass. Req Req .Civ 28/1/1919-S. 1921-1-345.

الفرع الثانى

إبطال حكم أول درجة واستخدام محكمة الاستئناف لحقها فى التصدى

١١٤- إذا كانت المادة ٥٦٢ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد فى مظهرها العام تعطى الانطباع بانتهاء الجدل الذى قسم الفقه والقضاء بشدة بصدد الوسيلة الفنية الواجب استخدامها للتوصل إلى حل النزاع أمام محكمة الاستئناف بعد إبطال حكم أول درجة ، بقولها أن محكمة الاستئناف تتولى حسم النزاع إعمالاً للأثر الناقل للاستئناف، فيجب أن نلفت النظر أن إجماع الفقه- رغم صراحة النص- لم يلتقى حتى الآن على كلمة واحدة بصدد هذا الموضوع.

ففى نطاق الأثر الناقل للاستئناف تقول المادة ٥٦٢ سالفة الذكر أن: " ... النقل المترتب على طلب إبطال حكم أول درجة أمام الاستئناف يشمل كل النزاع، . وفى النص الفرنسى نجد الصياغة التالية :

" ... La devolution s'opere pour le tout lorsque l'appel n'est pas limite a certains chefs, lorsque il tend a l'annulation du jugement ..".

هذا النص صريح فى إيضاح أن النقل المترتب على هذا النوع من الاستئناف الرامى إلى إبطال حكم أول درجة هو نقل شامل لكل النزاع. وتفصل المحكمة فى الموضوع بما للاستئناف- حسب صريح النص- من أثر ناقل وهذا النص أيضاً واضح فى تحديد أن الأثر الناقل العام يكون فى جميع الأحوال التى يطلب فيها إبطال حكم أول درجة ، سواء بسبب عيب فى الإجراءات ، أو بسبب عيب فى الموضوع.

وفى الحقيقة فإن دراستنا التالية سوف تحدد لنا النطاق الواجب تكريسه لأعمال المادة ٥٦٢ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد الصادر سنة ١٩٧٦. مسألة إبطال حكم أول درجة أمام محكمة الاستئناف، وتحديد الوسيلة الفنية التى بمقتضاها تستطيع محكمة ثانى درجة حسم النزاع

المثار أمامها تثير مسألتين ، ظاهرياً مختلفان ، وعند التأمل فيهما فإننا نجد أكثر من نقطة تلاقى.

هاتين المسألتين همتا:

أولا: الجزاء على مخالفة العيوب الإجرائية :

La sanction des irreularites de procedure .

ثانيا: مسألة القضاء الكامل لمحكمة الاستئناف:

La plenitude de la juridiction d'appel.

١١٥- وفى هذا النطاق فإننا لن نعود إلى معالجة الأثر الناقل للاستئناف المترتب على إبطال حكم أول درجة، هذه المسألة عولجت بما فيه الكفاية فيما سبق؛ نخصص البحث المكثف الآن لدراسة ميكانزم التصدى evocation وأثره على موضوع الطلب القضائى حين يستخدم كأداة فنية تستعملها محكمة الاستئناف لحسم النزاع المطروح أمامها. هذه الدراسة ذات الوجه المزدوج تساعدنا على إبراز المتغيرات التى يخضع لها موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الاستئناف لكشف حالات الطلبات الجديدة ومدى تأثير ذلك على العديد من المبادئ التقليدية السائدة فى قانون المرافعات[١].

---

(١) Hebraud : Effet devolutif et evocation , in : Coll. D'Aix –en-Provence, p. 147

Perrot, Thése précitée , p.145 et s.

Perrot , Note précitée , p. 562

Motulsky , Trios Articles precitées .

Madame Sinay, Note J.C.P., 1957. II. 10170.

Meuresse : Effet dévolutif et évocation , D. 1953-127 a 132.

Meuresse : L'évocation en procédure civile, Gaz. Pal. 1957.57 et s.

Meuresse : Effet dévolutif , évocation . plenitude de juridiction, Gaz. Pal . 1950. P. 2 a 4.=

ويرى الأستاذ موتلسكى أن القضاء الفرنسى يتخذ موقفـــا حاســما بصدد مسالة استبعاد الحق فى التصـدى le droit d'evocation عندمــا يكون الحكم الصادر من أول درجة قد فصل فى موضـــوع الـنزاع a statue sur le fond فهنا يجب استبعاد الحق فـــى التصـــدى ولا يمكـــن لمحكمة الاستئناف أن تعتمد إلا على الأثر الناقل للاستئناف فى حســـمها للنزاع المرفوع عنه الطعن[1] وبناء على هذا ، فإذا صدر حكم أول درجة فاصل فى موضوع النزاع، ثم رفع طعن بالاستئناف ضد هذا الحكم بقصد التوصل إلى إبطاله ، فإن الوسيلة الفنية التى تمكن محكمة الاستئناف مــن تناول الموضوع تكون هى الأثر الناقل المترتب على الاستئناف.

ويدعم الأستاذ Motulsky رأيه هذا بالقول بـــأن القضـــاء الكـــامل لمحكمة الدرجة الثانية la plènitude d'àppel يجبر محكمة الاستئناف فى الأحوال التى تكون محكمة أول درجة فيها غير مختصة بالاحتفاظ بالنزاع بأكمله والفصل فيه. مثل هذا التوسع فى اختصاص محكمـــة الاســـتئناف يكون متولدا من استخدام الطريقة الفنية الناشئة عن الطعن بالاستئناف أى الأثر الناقل للاستئناف.

ومحكمة الاستئناف فى مثل هذه الأحوال تستجيب لوظيفتهاالطبيعية، ولا يمكن لها أن تتخلي عن النظر فى موضوع النزاع المرفوع إليها[2].

=M. Loisel : Emploi optimal de la notion d'evocation. J.C.P. 1970.II.2432.

E. Leveneur : A propos de la plenitude de juridiction de la Cour d'Appel , Gaz,Pal . 1970.p. 10 a 27.

J. Miguet : Immutabilite et evolution du litige , These Toulouse , 1975,p. 250 et s .

(١) Soc 20/5/1949 Bull . No. 430, p. 544.

Soc. 5/11/1949 Bull. 1017.p. 1131.

Com. 2/1/1951 Bull. No. 2. p.I.

(٢) Soc. 3/3/1950 .Bull . No. 221; p. 153.

١١٦-وعلى النقيض من هذا الرأي فهناك اتجاها قضائيا نجح في استقطاب آراء الفقه بصدد هذه المسألة . ومنطق هذا الرأي يبدأ من المنطقة التالية:

إذا حدث وتم إبطال الحكم الصادر من أول درجة لعيب في الشكل، أو لعيب في الإجراءات أيا كانت هذه الإجراءات، فهنا تتحدد سلطات محكمة الاستئناف عندما تفصل في النزاع المطروح عليها، لا بما للاستئناف من أثر ناقل، وإنما بما للمحكمة من الحق في التصدي.

وأساس هذا الرأي البسيط، فبما أن حكم أول درجة تم إبطاله أمام محكمة الاستئناف، فلم يعد هناك نقطة ارتكاز تستطيع محكمة الاستئناف أن تعتمد عليها لكي تستخدم الأثر الناقل للاستئناف لحسم كل موضوع النزاع. فإبطال الحكم يؤدى إلى تلاشيه بأثر رجعي، فتعتبر محكمة أول درجة ، وكأنها لم تصدر قضاء أيا كان نوعه(١).

١١٧-ومن جهة أخرى يذهب الأستاذ موتلسكى إلى القول بأن التشابه بين حالة إبطال حكم أول درجة l'annulation وحالة إلغاء هذا الحكم l'infirmation تجعل من الممكن النظر على هذين الوضعين على نفس المستوى وذلك بالنسبة أو بالنظر إلى الوسيلة الفنية التى تستخدمها محكمة الاستئناف بهدف حسم النزاع المطروح أمامها. فإهدار حكم أول درجة la mise a nèant في الاستئناف يؤدى إلى ذات النتائج سواء تم هذا بإلغاء هذا الحكم أو بالحكم بإبطاله. وإذا كان الرأى القضائي السابق يميز بين هاتين الحالتين من ناحية الوسيلة الفنية المستخدمة، ومن ناحية الآثار المترتبة على هذه الأوضاع، فإن الأستاذ موتلسكى لا يرى مبرراً لهذا التمييز. فالرأى السابق يرى أن إبطال حكم أول درجة يمنح محكمة

---

(١) Meurisse , op.cit . loc. Cit
Perrot, Note prècitèe .

الاستئناف الحق فى التصدى لحسم الموضوع، أما إلغاء هذا الحكم فسلطات محكمة الاستئناف تكون محكومة بما للاستئناف من أثر ناقل.

هذا الفقيه يرى إذا أن إبطال الحكم أو إلغائه يؤدى إلى تزويد محكمة الاستئناف بسلطات واسعة للفصل فى موضوع النزاع ، بما للاستئناف من أثر ناقل. بالتالى تستطيع محكمة الاستئناف حسم موضوع النزاع رغم إبطال الحكم المطعون فيه. والواقع -حسب هذا الرأى- أن التمييز بين الإبطال والإلغاء لا يكون له ما يبرره من ناحية تحديد الوسيلة الفنية التى تمنح لمحكمة الاستئناف. ومن المعلوم أن شروط الحق فى التصدى تختلف اختلافا كبيرا عن شروط استخدام الأثر الناقل كما سوف نرى فيما بعد(١).

١١٨-ومن جهة ثالثة يرى الأستاذ "بيرو" Perrot، أنه يجب الأخذ فى الاعتبار الإرادة الفردية للخصوم، ولشرح دور هذه الإرادة، يقول هذا الفقيه أن دخول النزاع تحت سيطرة محكمة ثانى درجة la saisine du juge d'apple يتم بناء على صحيفة الطعن بالاستئناف وما يضاف إليها من طلبات les conclusions صادرة من الخصوم(٢). فإذا ما وضحت إرادة الأطراف على التمسك بإبطال حكم أول درجة، فإن الاستئناف هنا لا يكون له أثرا ناقلا، بالنسبة لموضوع الطلب القضائى، وإنما يكون لمحكمة الاستئناف استخدام حقها فى التصدى للتوصل إلى تناول هذا الموضوع وإنهاء النزاع(٣).

١١٩-ومن جهة رابعة، يرى الأستاذ "رينو" Raynaud أن الحق فى التصدى هو وحده الذى يخول محكمة الاستئناف مكنة تناول موضوع النزاع فى حالة إبطال حكم أول درجة، وإنما يستند هذا الفقيه على حجة

---

(١) Motulsky , op. Cit . loc. Cit
(٢) Perrot, Note Prècitèe.
(٣) Perrot, op. Cit. Loc. Cit.

تختلف عن حجة الرأى السابق، فيرى الأستاذ رينو أن الصفة الاختيارية للحق فى التصدى le caractère facultatif هى التى تخول محكمة الاستئناف- أعمالا للحق فى التصدى- أن تبطل annule فقط حكم أول درجة ولا تفعل شئ أكثر من هذا، ويجوز لها أيضا بناء على ذات هذا الحق - أن تتقدم خطوة إلى الأمام لكى تحسم النزاع، أما الأثر الناقل للاستئناف فهو إجبارى فى خصوص التزام محكمة الاستئناف بحسم ما تم نقله إليها عن طريق الطعن بالاستئناف[1]ويمكن القول فى هذا الخصوص أن الطعن بالاستئناف يترتب عليه دائما أثرا ناقلا لما تم الفصل فيه من أول درجة، وما رفع عنه استئناف.

هذا الأثر الناقل بالإضافة إلى ما ينقله من عناصر النزاع من أول درجة إلى ثانى درجة يجبر محكمة الطعن على الفصل فيما رفع عنه الطعن من قضاء أول درجة. ولكن الصعوبة تثور فى الحالة التى يجب- بصددها- تناول الموضوع فى حالة طلب إبطال حكم أول درجة. فما تم نقله هو طلب الإبطالوالشئ المنقول هو الحكم الباطل أو القضاء الباطل، الخلاف كله يدور فى بحثنا هذا حول ما إذا كانت محكمة الاستئناف بعد الحكم بالإبطال لها تتناول موضوع النزاع، أو ليس لها هذا الحق، وإذا تناولت بالحسم هذا الموضوع فبأى وسيلة؟ هل تحسم هذا الموضوع بناء على الأثر الناقل؟ أم تحسمه بناء على حقها فى التصدى؟.

١٢٠-ومن ناحية خامسة يرى الأستاذ موتلسكى[2]أنه يجب التركيز على الدور الذى يقوم به المستأنف عليهl'intimè فبالأخذ فى الاعتبار الدور الذى يقوم به هذا الخصم فى خصومة الاستئناف، حاول هذا الفقيه تحطيم الرأى المؤيد لاستخدام الحق فى التصدى بواسطة محكمة الاستئناف والفصل فى موضوع الحكم الذى تم إبطاله.

---

(١) Raynaud, R.T.D.C., 1952, p. 119, 120, 411 et 551

(٢) Motuslky : op. Cit.Loc. cit

وينطلق هذا الفقيه من الفكرة التالية:

في وجود حكم صادر فى الموضوع من أول درجة، وفي حالة الطعن فى هذا الحكم بالاستئناف بهدف التوصل إلى إبطال هذا الحكم، فإن المستأنف باتخاذه هذا المسلك فى طعنه بالبطلان يكون قد أظهر رغبته فى ألا تتناول محكمة الاستئناف إلا مشكلة الإبطال فقط بمعنى أن المستأنف في مثل هذه الأحوال لا يريد بأى ثمن أن تفصل محكمة الاستئناف في الموضوع، وإنما هو أراد قصر ولاية محكمة الاستئناف على مسألة إبطال حكم أول درجة فقط.

ففى مثل هذه الأحوال، وبالأخذ فى الاعتبار لموقف المستأنف l'appelant، فإن النظريات المؤيدة لاستخدام الحق فى التصدى تكون صحيحة، ولكن الرأى الذى يعرضه الأستاذMotulsky يتقدم خطوة أبعد من هذا، ويأخذ فى الاعتبار موقف المستأنف عليهl'intimè

ويرى الفقيه أن المستأنف عليه من الممكن أن يطلب تأييد كل حكم أول درجة. Conclure a la confirmation pure et simple .

ومن جهة أخرى يتقدم هذا الفقيه خطوة أبعد من ذلك أيضا ويخول لمحكمة الاستئناف أن تعذر المستأنف بأن يطلب من المحكمة إعادة فحص النزاع برمته حتى تستطيع محكمة الاستئناف تصفية كل النزاع مرة واحدة ورغم تعنت المستأنف[١]. ويسير قضاء محكمة النقض على هذا المعنى الذى يعبر عنه الأستاذ موتلسكي في فرنسا[٢].

---

(١) Motulsky, op. Cit. Loc. Cit

(٢) Civ. 7/1/1873. S. 1874-1- 379.
Civ. 15/4/185. S. 1889-1-39.
Soc. 27/10/1938 .Gaz .Pal . 1939 –10.
Soc. 24/1/1943. D.A. 1943-73.

١٢١-ومن ناحية سادسة وأخيرة يرى الأستاذ "هـــبرو "Hèbraud إنه إذا تم إبطال حكم أول درجة أمام محكمة الاســـتئناف بســبب عـــدم الاختصاص incompètence أو بسبب عيب فى الشكلVice de forme فإن محكمة الاستئناف تختص بالفصل فى كل النزاع بما للاستئناف مـــن أثر ناقلeffet dèvolutif[١]. ويرى هذا الفقيه أن هذا الحل يعتبر مكتسبا بطريقة نهائية منذ زمن طويل[٢].

أما بالنسبة للآراء المحبذة لاستخدام الحق فى التصدى فى أحـــوال إبطال حكم أول درجة فى الاستئناف للأسباب السابق بيانها، فيرى هـــذا الفقيه أن الحجج التى يقدمها أنصار هذا الرأى ليست مقنعـــة[٣]. وعـــدم الإقناع هذا يرجع فى اعتقاد الأستاذ هبرو إلى سببين هما:

السبب الأول: إبطال حكم أول درجة أمام محكمة الاستئناف يـــترك فيما يتعلق بموضوع الطلب القضائى فراغا un vide يجـــب ملئـــه عـــن طريق خصومة جديدة وحكم جديد، أى أن بطلان حكم أول درجة يـــؤدى إلى زوال هذا الحكم ومحو القضاء الوارد به، ويعتبر الطلـــب القضـــائى والحكم الصادر فيه من أول درجة كأن لم يوجدا.

ومع هذا يرى الأستاذHèbraud ،فإننا إذا أخذنا فـــى الاعتبـــار أن الدرجة الأولى من درجات القضاء قد تم استنفاذها بـــالفعل le premier degrè est rèellement èpuisè من ناحية، وأن موضوع الطلب القضائى يوجد بصدده فراغ من ناحية أخرى،نظراً لإبطال حكم أول درجة،ومـــن جهة ثالثة بما أنه يجب ملئ هذا الفراغ بخصومة جديدة.وبما أننـــا أمـــام محكمة الاستئناف وإعمالا لمبدأ الاقتصاد فـــى الإجـــراءات فـــإن هـــذه الخصومة الجديدة لن تقوم أمام أول درجة،بل يجب أن تقوم أما الاستئناف

---

(١) Hèbraud , op. Cit. P. 146

(٢) Hèbraud .Loc . cit

(٣) Hèbraud ,Loc. Cit ., op 147.

وإذا كان الطعن بالاستئناف ، بناء على كل هذا ، لم ينقل موضوع الطلب إلى محكمة الدرجة الثانية، فمن الواجب إذا نقل هذا الموضوع أمام هذه الدرجة، وهذا النقل يتم بطلب يطرح أمام هذه المحكمة(١).

ومن جهة أخرى -وهذا هو السبب الثانى - فإن الأستاذ هبرو يرى أن النظرية المؤيدة لاستخدام محكمة الاستئناف لحقها في التصدى بهدف حسم موضوع النزاع تؤدى إلى التساؤل عن حق المستأنف في تقييد سلطات محكمة الاستئناف، فالمستأنف الذى يرفع الاستئناف طالبا فقط إبطال حكم أول درجة ، يؤدى مسلكه هذا فى الواقع إلى حصر سلطات محكمة الاستئناف فى هذه المسائل فقط، فهل مثل هذا المسلك جائز؟(٢). النتيجة التى يصل إليها الأستاذ هبرو هى أنه فىمثل هذا المركز القانونى فإننا نلاحظ إنه بصدور حكم أول درجة- حتى ولو كان باطلا- فإن الدرجة الأولى تكون قد استنفذت بالفعل من الناحية المادية .

Lorsque it s'agit de situation de ce genre l'on ne saurait manquer de relever que le premier degrè a ètè matèrllement èpuisè.

ورغم استنفاذ مرحلة أول درجة ماديا، فإن هذا الاستنفاذ لم يتم بطريقة صحيحة .

ومن جهة اخرى، وفى النهاية،فإنه ينتج من هذا البحث التساؤل التالي: هل يجب فى مثل هذا المركز القانونى محل البحث أن يرجع

---

(١) Hèbraud, op.Loc. cit .La simititude est farppante entre cette opinion et la thèse de la mise en demeure ennocèe par Motulsky.

يلاحظ التشابه بين نظرية هبرو ونظرية الإعذار - إعذار المستأنف - التى يقول بها موتلسكى .راجع ما سبق

(٢) Hèbraud , op. Cit .S.

الخصوم إلى أول درجة لكى يطرحوا النزاع عليها من جديد ، لكى تفصل فيه بحكم صحيح غير قابل للإبطال؟.

وفي الواقع – يجيب الأستاذ هبرو – أن هذه المسالة تعتمد على تقدير appreؤ هشفهخى من طبيعة قانونية ، هذا التقدير ينصب على طبيعة ومدى عدم الصحة التى تشوب حكم أول درجة والتى يثيرها المستأنف.

Une apprèciation d'ordre juridique sur la nature et la protèe de l'in vadlidité invoquèe par l'appelant . (1)

١٢٢– وفى الختام، فإن محكمة النقض الفرنسية وفى سلسلة متكررة من أحكامها تؤكد أن كل حكم صادر من أول درجة حاسما لموضوع النزاع يستنفذ نهائيا الدرجة الأولى، حتى ولو تم بعد ذلك إبطاله فى الاستئناف. مما يدل على أن محكمة النقض الفرنسية تؤيد أعمال الأثر الناقل للاستئناف من جهة، وتخول لمحكمة الدرجة الثانية الفصل فى الموضوع من جهة أخرى بناء على هذا الأثر الناقل، ومما يدل فى نقطة ثالثة أن تقييد المستأنف لطعنه وقصره على طلب إبطال حكم أول درجة، لا يقيد فى شئ من آثار الاستئناف ،ولا من سلطات محكمة ثاني درجة(٢).

١٢٣– وفيما يتعلق بالقانون المصرى فإننا نلاحظ أن حق محكمة الاستئناف فى التصدى كان معمولاً به فى مصر فى ظل القوانين المختلطة. هذه القوانين كانت تطبق على المنازعات التى تشمل عنصرا أجنبيا– أى كان أحد أطرافها شخصا غير مصريا– وفى التاريخ المصرى القضائى كان يوجد قانون المرافعات المختلط سنة ١٨٧٥،وقانون المرافعات الأهلى ١٨٨٣.

---

(١) Hèbraud , op cit., Loc. Cit Voir la distinction prèconise par l'auteure quant a la gravitè de vice qui entache le jugement du premier degrè, D.C. 1943 , op, cit .

(٢) Perrot , Note D. 1952 , p. 562 , discussion et rèfèrences .

وكان هناك نوعين من المحاكم:مختلطة وأهلية: المحـــاكم الأولـــى كانت تختص بالفصل فى المنازعات التى تثور فى مصر بين مصرييـــن وأجانب، أو بين الأجانب فيما بينهم. وذلك فى الحدود التى كـــانت بـــلاد هؤلاء الأجانب تتمتع بالامتيازات في مصر. من هـــذا الامتيـــاز وجـــد الامتياز القضائى.

أما المحاكم الأهلية فكانت تفصل فى المنازعات التى تثـــور بيـــن المصريين وبعضهم البعض(١). وكان حق محكمة الاستئناف فى التصـــدى منصوصا عليه في المـــواد ٤١٤،٤١٥، ٤١٦ مـــن قـــانون المرافعـــات المختلط وبنفس الشروط التى كانت تنص عيها المادة ٤٧٣ مـــن قـــانون المرافعات الفرنسي: أى أن تكون القضية صالحة لصـــدور حكـــم فـــى الموضوع، وأن تكون محكمة أول درجة قد أصدرت حكم نهائى خـــاص بمسألة فرعية، وأن تلغى محكمة ثانى درجة حكم أول درجة المطعون فيه بهدف التوصل إلى الإبطال لعيب فى الشكل أو لأى عيب آخر.

وكان مثل هذا الوضع طبيعى نظرا لأن القوانين المصرية فى هـــذه الحقبة كانت مجرد ترجمات لمجموعات نابليون فى فرنسا.

وقد قام القانون الأهلى للمرافعات هو أيضا بالنص على الحق فـــى التصدى بذات الشروط السابقة . وبصدور قانون المرافعات المصرى سنة ١٩٤٩ تم إلغاء التشريعات السابقة وفى الواقع فإن الكفاح الوطنى لإلغـــاء الامتيازات وتنظيم مرفق القضاء فى مصر قد بـــدأ منـــذ عـــام ١٩٣٦. وبإلغاء هذه التشريعات، صارت جميع المحاكم فى مصر محاكم وطنيـــة. ومع هذا فقد أبقى قانون ١٩٤٩ على حالة واحدة من حـــالات التصـــدى. هذه الحالة تنحصر فى الوضع الذى يرفع فيه استئناف بهدف التوصل إلى إبطال حكم أول درجة إذا صدر من محكمة غير مختصة. فـــإذا ألغـــت

---

(١) Seif, R. : Les conflits de juridiction entre les tribunaux mixtes et indigènes , Thèse, 1938.

infirme محكمة ثانى درجة هذا الحكم فيكون لها الحق فـــى التصـــدى لحسم موضوع النزاع.

وبصدور قانون ١٩٦٨ فى مصر تم إلغاء نظام التصــدى بأكملــه وفى جميع الحالات. ولم يعد للاستئناف إلا أثر واحد هو الأثـــر النـــاقل للاستئناف[١].

ويجب أن نلاحظ فى هذا الصدد أن محكمة الاســتئناف إذا قــامت بإبطال حكم أول درجة الذى فصل فى موضوع النزاع، فإنها، أى محكمة الدرجة الثانية، تكون ملزمة بالفصل فى النزاع برمته إعمالا للأثر النــاقل للاستئناف.

لا تستطيع محكمة الدرجة الثانية الإحالة على محكمة أول رجة لأن هذه الأخيرة تكون ماديا وواقعيا قد استنفذت[٢]. أما فـــى أحــوال عــدم الاختصاص، أى إذا طعن فى حكم أول درجـــة بـــهدف إبطالـــه نظـــرا لصدوره من محكمة غير مختصة، فإن محكمة الدرجة الثانية بعد أن تقرر عدم الاختصاص تتولى إحالة النزاع إلى المحكمة التى تراهـــا مختصـــة إعمالا للمادة ١١٠ من قانون المرافعات.

١٢٤- وتقرر محكمة النقض المصرية فى العديد من أحكامـــها أن الحق فى التصدى لا يمكن تخويله لمحكمة الاستئناف بناء على الاتفـــاق الصريح أو الضمنى للأطراف. والحكمة فى ذلك تكمن فى أن مثل هـــذا الاتفاق يشكل اعتداء على قاعدة التقاضى على درجتين، وهـــذه القـــاعدة الأخيرة تتعلق بالنظام العام[٣].

---

(١) M.H. Fahmy: Revue d'economie , 1931 , p. 871.

(٢)نقض مدنى مصرى ١٩٥٧/٦/٢٧ س ٨ص ٦٦٠.

-نقض مصرى ٩٦٥/١/٢٧ س ١٦ ص ٩٥.

-نقض مصرى ١٩٦٥/٥/٥ س ١٦ ص ٥٥٧ .

(٣) نقض مصرى ١٩٥٩/١/٢٥ س ٣ ص ١٩.

-نقض مصرى ١٩٥٣/٣/١٥ س ٥ص ٢٢. =

ويستخلص من كل هذه الشروح أن القانون المصرى الإجرائى مـا زال مخلصا للمبادئ التقليدية السائدة فى قانون المرافعات الفرنسى القديم. هذه المبادئ تقول بأن الاستئناف له اتساعين deux dimensions الاتساع الأول أو النطاق الأول يتحدد فى اختصاص محكمة الاستئناف بكل ما تـم الفصل فيه من قاضى أول درجة:

Tantum devolutum quantum judicatum .

أما الاتساع الثانى، أو النطاق الثانى للاستئناف فينصـب علـى أن محكمة الاستئناف تختص بما رفع فيه الاستئناف بالفعل من قضـاء أول درجة بمعنى أن محكمة الاستئناف تفصل فيما يرفع عنه استئناف فقط من القضاء الصادر من أول درجة.

La Cour d'Appel serait saisie dans la limite de ce qui ètè appelè Tantum devolutum quantum appellatum .

وهو ما يعبر عنه باللاتينية

الفرع الثالث

موقف قانون سنة ١٩٧٦ فى فرنسا من مشكلة إبطال حكم أول درجة أمام محكمة الاستئناف وأثر ذلك على موضوع الطلب القضائى .

LA POSITION PRISE PAR LE CODE DE 1967 .

١٢٥-كما سبق القول فإن المادة ٢/٥٦٢ من قـانون المرافعـات الفرنسى تنص على أن : " الأثر النـاقل للاسـتئناف غـير المقيـد، أو للاستئناف الرامى إلى إبطال حكم أول درجة يكون عاماً وشاملاً.

" La dèvolution s'opère pour le tout lorsque l'apple n'est pas limitè a certains chefs, lorsqu'Il tend a l'annulation du jugement ".

=-نقض ١٩٥٣/٥/٢١ س ٤ ص ١٠٧٣.

هذه المادة توحى فى الواقع، أن الخلاف الذى كان موجودا فى الفقه بصدد تحديد نطاق الأثر الناقل للاستئناف وتمييزه عن نطاق الحق فى التصدى قد انتهى. والحل الوارد فى المادة السابقة يدل على أن إبطال حكم أول درجة أمام محكمة الاستئناف يخول هذه المحكمة إمكانية تناول موضوع النزاع وحسمه. كل هذا بناء على الأثر الناقل للاستئناف ومن ظاهر هذا النص يبدو لنا أن كل إمكانية لاستخدام الحق فى التصدى تكون مستبعدة.

والقانون الوضعى بناء على نص المادة ٢/٥٦٢ واضح كل الوضوح بصدد تحديد هذا المعنى. والواقع أن هذا النص التشريعى قد سبقته محاولات فقيهة خصبة ، كما يتضح من الشروح السابقة.

١٢٦–وإذا كان هذا هو الوضع التشريعى الراهن. فإن هذا الحل على مستوى السياسة التشريعية القضائية لا يخلو من الأخطار. وهذه الأخطار تظهر فى نواحى متعددة. من ذلك على سبيل المثال فإن القواعد المتعلقة بشكل الأحكام القضائية ،والإجراءات المنظمة لكيفية إصدار هذه الأحكام، كل هذا ، وبناء على أعمال المادة ٢/٥٦٢ من قانون المرافعات، سوف يكون بلا جزاء، نظرا لأن محكمة الاستئناف لن تتوقف عند حد الإبطال فقط، بل سوف تمتد إلى أبعد من ذلك وتفصل فى موضوع النزاع وبناء على ذلك ستفلت كثير من حالات البطلان من الجزاء. لأن هذا الجزء لكى يوقع، فلابد بعد إبطال الحكم، أن يرجع الخصوم مرة ثانية أمام محكمة أول درجة.

ومن جهة اخرى فإنه من الملاحظ أن إبطال حكم أول درجة أمام محكمة الاستئناف يترك فراغا فيما يتعلق بالموضوع، فموضوع مثل هذا الحكم يعتبر وكأنه لم يفصل فيه، لأنه لكى يفصل فيه،لابد أن يتم ذلك بقضاء صحيح،والحاصل أن حكم أول درجة باطل. ويرجع ذلك إلى أن أول درجة من القضاء وإن كانت قد تم استنفاذها، فإن هذا الاستنفاذ لم يقع صحيحا.

ومن جهة ثانية، فإن الحل الوارد فى المادة ٢/٥٦٢ يشكل اعتداء على الإرادة الحرة للخصوم فى اتخاذ أو عدم اتخاذ موقف معين. فهذه المادة تجعل تقييد الاستئناف القاصر على إبطال حكم أول درجة عديم الأثر. فالطاعن الذى يطلب إبطال حكم أول درجة، لن يجديه هذا التقييد فى شئ، فلمحكمة الاستئناف أن تتناول موضوع الطلب القضائى لكى تفصل فيه رغم إبطال حكم أول درجة.

ومن ناحية رابعة، فالحل الوارد فى المادة ٢/٥٦٢ السابق ذكرها خطرا، فيما يتعلق بأثرها على موضوع الطلب القضائى son influence sur l'objet de la demande فالمستأنف فى مثل هذه الحالة سوف يجد نفسه- رغم رفعه استئناف مقيدا- مجبرا على مناقشة موضوع الطلب الأصلى العام أمام محكمة الاستئناف. ومعنى هذا أن القاعدة التقليدية التى تعنى أن الاستئناف لا يطرح على محكمة الدرجة الثانية إلا ما رفع عنه الاستئناف من قضاء أول درجة ، سوف لا تجد مجالا لأعمالها:

Tantum devolution quantum appellatum .

١٢٧-لكل هذه الأسباب فإن جانبا من الفقه واجه المادة ٢/٥٦٢ بالهجوم. وكان الهدف من هذا الهجوم يرمى فى واقع الأمر إلى محاولة التقليل أو التضييق بقدر الإمكان من نطاق أعمال هذه المادة. فذهب البعض إلى القول بأن هذه المادة بما تخوله لمحكمة الاستئناف من الفصل فى موضوع الطلب القضائى بما للاستئناف من أثر ناقل بعد إبطال حكم أول درجة يجب أن تقتصر على الأحوال التى يكون فيها البطلان عيب ذاتى فى الحكم نفسه.

Si la dècision attaqquèe est atteinte d'un vicw qui lui est propre .

أما إذا كانت أوجه البطلان التى تشوب الحكم، ما هى إلا نتيجة لبطلان يصيب فى الواقع إجراءات الخصومة فقط، دون أن يكون بطلانا

خاصا بالحكم، فهنا لايوجد – حسب هذا الرأى– مجالا لأعمـــال المـــادة ٢/٥٦٢.

ففى مثل هذه الأحوال التى لا يكون الحكم ذاته فيها مصابا بالبطلان فإن على قاضى الاستئناف ألا يعمل المادة ٢/٥٦٢–كما يقول هذا الرأى– بل عليه أن يوجه أو يحيل الخصوم إلى إعادة رفع النزاع مرة ثانية أمـــام أول درجة حتى يعاد الفصل فيه بطريق صحيحة.

هذا الرأى، كما يظهر من عرضه، يميز بطريقة حاسمة بين أوجـــه البطلان التى تصيب الحكم القضائى ذاته lui mème ، وبيـــن الأنـــواع الأخرى من أوجه البطلان الإجرائية :

Les autres vriètès d'irrègularitè procèdurales .

فإذا كان الحكم ذاته مصابا بالبطلان، وطعن بالاســـتئناف بـــهدف التوصل إلى إبطال هذا الحكم، هنا يكون الأثـــر النـــاقل شـــاملا نظـــرا لصراحة نص المادة ٢/٥٦٢، وهنا تفصل محكمة الاستئناف فـــى كـــل موضوع الطلب القضائى الذى لم يرفع عنه فى حقيقة الأمـــر اســـتئنافا. فالاستئناف المرفوع كان مقصورا على طلب إبطال حكم أول درجة ونحن نرى بالإضافة إلى ذلك أنه يجب أن يكون الحكم المطعون فيه قد فصـــل فى موضوع النزاع أيضا حتى يمكن القول أن قضاء أول درجة قـــد تـــم استنفاذه بالفعل(١).

كل هذا لا يغير من الحقيقة التشريعية وهـــى أن المشـــرع أراد أن يعطى للأثر الناقل للاستئناف نطاقا ومجالا لم يكن له فى يوم من الأيـــام. ومن جهة أخرى، يجب أن يلاحظ أن المادة ٢/٥٦٢ من قانون المرافعات الفرنسى قد استعملت اصطلاح " حكـــم" " jugement" بطريقـــة عامـــة ومطلقة، وأنها استخدمت أيضا اصطلاح" إبطـــال" annulation بطريقـــة عامة ومطلقة لهذا نرى الاعتدال فى تطبيق هذا النص.

---

(١) Cass .Comm. 22/12/1975 , Gaz .Pal 16/4/1976,p. 5, Note ,R.P.

١٢٨-ومن ناحية أخيرة فإن بعض الفقـــه الفرنســـى ذى الكلمــة المسموعة يرى أن هذه المسألة ،المتعلقة بالأثر الناقل للاستئناف وأثـــره على موضوع الطلب القضائى، هى أمر يتعلق بالسياسة القضائية(١).

La politique jurisprudentielle .

ويرى الفقه أنه من الأفضل العدول عن القاعدة التقليدية القائلة بـأن طرق البطلان- دعاوى البطلان الأصلية- لا تســتخدم بـهدف إبطـال الأحكام:

بمعنى أن هذه القاعدة يجب هجرها، والسماح باســتخدام دعــاوى البطلان الأصلية إلى إبطال الأحكام القضائية. فهذه الدعاوى هـــى نظــم قانونية وضعت أصلا للتوصل إلى هدف معين هو الإبطال، وبالتالى فهى ترتب كأحسن ما يكون جميع الآثار المتولدة عن هذا البطلان.بــدلا مــن تفتيت النظام القانونى للاستئناف لمحاولة إجبار جزئيات هذا النظام علـــى شرح النتائج المتولدة عن هذا الإبطال، وتفسير السلطات المخولة لمحكمــة الاستئناف بعد توقيع أو الحكم بالبطلان.

ويتركز موقف الفقه والقضاء المصرى فى هذا الموضوع فيما يلى:

يشترط لإعمال نص المادة ٢٢١ بعد تعديلــها بحيــث صــارت : "يجوز استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى بسبب مخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام، أو وقوع بطــلان فى الحكم ، أو بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم".

ويشترط لإعمال النص شرطان:

١-أن يكون الحكم صادرا من محاكم الدرجة الأولى، سواء كانت جزئيــة أو ابتدائية .فلا يسرى بالنسبة للأحكام الصادرة من محــاكم الدرجــة الثانية، ولو كانت ابتدائية بهيئة استئنافية، لأن الحكم الصادر من ثانى

---

(١) Perrot, Note , Loc. Cit

درجة لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف ولو كان مشوبا بعدم الاختصاص أو البطلان، لأن سبيل الطعن فيه يكون هو الطعن بالنقض.

٢-أن يكون الحكم قد صدر بصفة انتهائية ، سواء لصدوره في دعوى تدخل قيمتها في حدود النصاب النهائي للمحكمة التي أصدرته ، كما لو كانت تقل عن ٢٠٠٠ ج بالنسبة إلى المحكمة الجزئية، أو عشرة آلاف جنيه بالنسبة إلى المحكمة الابتدائية، أو لصدوره في دعوى يمنع القانون الطعن في الحكم الصادر فيها وإن جاوزت قيمتها النصاب النهائي للمحكمة التي أصدرته ، كالنص على اعتبار الحكم الصادر فيها نهائيا.

والعبرة في اعتبار الحكم انتهائيا من عدمه تكون بطبيعة ما قضى به دون نظر لما ورد من بيانات في ذات الحكم. ومن ثم يخضع لرقابة محكمة الاستئناف التي تخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض باعتبار تعلق الأمر بالتكييف القانوني. كما أن العبرة هي بالقانون الساري وقت صدور الحكم دون نظر للقانون الذي رفعت الدعوى في ظله أو القانون الذي يرفع الاستئناف في ظله لمعرفة طبيعة الحكم.[1].

وبناء على ذلك لا يشمل المقصود بالأحكام الصادرة بصفة انتهائية الأحكام الصادرة في حدود النصاب الابتدائي للمحكمة التي أصدرتها وفوت صاحب الشأن ميعاد الطعن فيها لأنها لم تصدر بصفة انتهائية .

فضلا عن أن فوات ميعاد الاستئناف يترتب عليه سقوط الحق في الاستئناف سواء كان بصفته أصلية أو بصفة استثنائية .

وفي حالة الاتفاق على نهائية الحكم الصادر من أول درجة فيفرق بين الاتفاق السابق على صدور الحكم والاتفاق التالي على صدور الحكم. فهذا الأخير يؤدي إلى عدم جواز الطعن بالاستئناف الاستثنائي حتى ولو صدر الحكم باطلا، أما الاتفاق السابق على صدور الحكم فلا يوجد ما

---

(١)نقض ١٢/١٠/١٩٧٥ مجموعة النقض س٢٦ ص٩٧٦.

يحول دون إمكانية الطعن بالاستئناف فى هذا الحكم وفقا لما هو وارد فى المادة ٢٢١ استئناف.

والقول بغير ذلك، يؤدى إلى فإعطاء المحكمة من القيود التى يترتب على مخالفتها البطلان لتعلق بعضها بالنظام العام، وتعلق البعض الآخر بذات الورقة التى تكون الحكم فى الشكل المحدد له .

ونشير فيما يلى إلىالحالات التى يواجهها نص المادة٢٢١مرافعات:

١-يقصد بمخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام وهى قواعد الاختصاص الوظيفى أو الولائى والنوعى والقيمى.ولا يدخل فيها كأصل عام قواعد الاختصاص المحلى إلا فى الحالات التى يعتبر فيها هذا الاختصاص متعلقا بالنظام العام استثناء من القاعدة العامة فى شأنه.

أما الأحكام التى تصدر من المحكمة الابتدائية في دعوى تختص بها المحكمة الجزئية نوعيا أو قيميا، فإنه وإن كانت العبارة المضافة إلى المادة ٢٢١ مرافعات تتسع لها، إلا أننا نرى أنها لا تعتبر انتهائية فى مفهوم المادة ٤٧ مرافعات التى تشترط لاعتبار الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية انتهائيا أن يصدر فى دعوى ليست من اختصاص الجزئية ، فإذا كان الحكم صادر فى دعوى هى من اختصاص المحاكم الجزئية نوعيا وقيميا فإنه لا يعتبر انتهائيا فى معنى حكم المادة ٤٧ وبالتالى يجوز استئنافه وفقا للقواعد العامة وليس وفقا للمادة ٢٢١ مرافعات.

٢-والحالة الثانية التى نصت عليها المادة ٢٢١ مرافعات هى حالة بطلان الحكم ويقصد بذلك وقوع عيب فى ورقة الحكم أو إجراءات إصداره أو النطق به يؤدى إلى بطلانه.

وأسباب البطلان متعددة وقد تسبق أو تعاصر إصدار الحكم. وبطلان الحكم يفترض تخلف شرط من شروط صحة الأحكام القضائية

كما هى واردة فى قواعد قانون المرافعات . والحكم الباطل لــــه وجـــود ويرتب أثاره إلى أن يقضى بتقرير بطلانه- عكس الحكم المعدوم الـــذى يفقد ركنا من أركان وجوده. وبطلان الأحكام لا يكون إلا بســـبب عيـب شكلى ، ويؤدى إلى إحداث أثر ناقل عام للحكم الباطل إذا ما طعن عليـه. ومخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو تأويله لا يعتبر ســـببا البطـــلان الحكم بل لعدم عدالته أو لخطأه فى التقدير.

ويرى البعض أن بطلان الحكم قد ينشأ لصدوره عن محكمة غــير مختصة بحسبان ذلك عيب فى الإجراءات أثر فى الحكم.

بينما يرى البعض الآخر أن ذلك بشكل مجرد مخالفة للقانون.ويرى البعض الثالث بأن هذا الخلاف قد فقد أهميته بعد النص فى المـــادة ٢٢١ مرافعات على جواز الطعن استثناء فـــى الأحكـــام الانتهائيـــة الصـــادر بالمخالفة لقواعد الاختصاص.

٣-والحالة الثالثة هى بطلان فى الإجراءات اثر فى الحكم .ويقصد بذلـك أن يكون الحكم الانتهائى مبنيا على إجراءات سابقة تعتـــبر صحتـــها مفترضا ضروريا لصحة الحكم، فبطلان مثل هذه الإجراءات يـــترتب عليه بطلان الإجراءات اللاحقة المرتبطـــة بـــه أو المترتبـــة عليـــه. ويشترط لاعتبار الحكم بنى على إجراءات باطلـــة توافـــر الشـــروط التالية:

١-أن يتخذ فى الدعوى إجراء باطل سواء تعلق بصحيفة افتتاح الدعـوى- بأعمال السير فيها- بإثباتها- وسواء تعلق البطلان بالنطـــاق العـــام والصالح الخاص.

٢-ألا يكون الحق فى التمسك بالبطلان قد سقط.

٣- ألا تكون المحكمة قد قضت بصحة الإجراء وبنت الحكم على الإجراء الصحيح .

أما إذا كانت قد أخطأت فى الحكم بصحة الإجراء الباطل وثبت الحكم فى الموضوع على ذلك الإجراء، فهنا يوجد خطأ فى تطبيق القانون وليس بطلان. ولكن إذا وقع الحكم برفض البطلان باطلا فى ذاته فإنه الحكم الصادر في الموضوع بناء على هذا الإجراء والحكم الصادر فيه فإنه يكون قابلا للاستئناف وفقا للمادة ٢٢١ مرافعات لبنائه على إجراء باطل.

٤-بناء الحكم المطعون فيه على ذات الإجراء الباطل.

٥-أن يكون الطاعن هو ذات الخصم الذى مسه البطلان إذا كان البطلان متعلقا بالنظام العام.

٦- أن يتمسك الطاعن بالبطلان قبل تعرضه للموضوع ولا يشترط أن يكون بطلان الحكم أو بطلان الإجراءات على درجة معينة من الجسامة أو أن يكون غير قابل للتصحيح. وإذا انتهت المحكمة الاستئنافية إلى عدم وجود بطلان ، فإنها تقف عند.هذا الحد، وتقضى بعدم جواز الاستئناف. أما إذا قضت محكمة الدرجة الثانية ببطلان الحكم المطعون فيه، فإنها يجب عيها ألا تقف عند هذا الحد بل يجب عليها أن تتصدى لنظر موضوع الدعوى بما للاستئناف من أثر ناقل. إلا إذا كان البطلان يمتد إلى أصل صحيفة الدعوى، بحيث لا تكون الخصومة قد انعقدت ففى هذه الحالة تقتصر المحكمة الاستئنافية على القضاء ببطلان حكم أول درجة دون أن تتصدى للموضوع، ودون أن تعيد القضية كذلك إلى محكمة أول درجة .

والحق فى الاستئناف وفقا للمادة ٢٢١ مرافعات يقتصر على الخصم الذى شرع البطلان لمصلحته دون الخصم الآخر، ولو لم يكن هو المتسبب فيه، كما لا يملك هذا الأخير إقامة استئناف مقابل أو فرعى.

ولا يجوز الطعن بهذا الطريق الاستئنافى على الحكم الانتهائى لعيب مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو تأويله.

وإيداع الكفالة لخطة رفع الاستئناف هو إجراء جوهرى لازم لقبول الاستئناف، وعلى ذلك إذا قبل قلم الكتاب صحيفة الاستئناف دون إيداع الكفالة أو قبلها ناقصة، فإن المستأنف يستطيع سدادها أو تكملتها خلال ميعاد الاستئناف ، فإن فعل استوفى شرط إيداع الكفالة وإن لم يفعل كان استئنافه غير مقبول وقضت المحكمة بذلك دون نظر لمدى توافر إحدى الحالات التى نصت عليها المادة من عدمه.

وننتقل أخيرا لدراسة الحالة الأخيرة من الحالات التى اتخذناها مثالا للأحوال التى يجوز فيها الطعن بالاستئناف دون التقييد بقاعدة النصاب، ونخصص لذلك مطلبا خامسا.

المطلب الخامس

الأحكام الانتهائية على خلاف حكم سابق لم يحوز بعد قوة الأمر المقضى

١٢٩-تنص المادة ٢٢٢ من قانون المرافعات المصرى على أنه: "ويجوز أيضا استئناف الأحكام الصادرة فى حدود النصاب الانتهائى إذا كان الحكم صادرا على خلاف حكم سابق لم يحز قوة الأمر المقضى. وفى هذه الحالة يعتبر الحكم السابق مستأنفا بقوة القانون إذا لم يكن قد صار انتهائيا عند رفع الاستئناف". فى هذه المادة نلاحظ وجود حالة من الحالات التى يوجه فيها طعنا بالاستئناف إلى حكم انتهائى، هو بحسب الأوضاع العادية للأمور مما لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف. تحليل هذه المادة يستوجب منا أن نعالج المسائل التالية:

١-معنى صدور الحكم الانتهائى على خلاف حكم سابق لم يجز قوة الأمر المقضى.

٢-تحديد نطاق الأثر الناقل للاستئناف فى هذه الحالة.

٣-تحديد سلطات وواجبات محكمة الاستئناف إزاء هذا النص.

ومن البديهى أننا لن نعود إلى معالجة معنى انتهائية الحكم فى هـذه الحالة فقد سبق لنا معالجة هذه المسألة بما لا مزيد عليه.

١٣٠-١- معنى صدور الحكم الانتهائى على خلاف حكم سابق لـم يحز قوة الأمر المقضى؟

يفترض نص المادة ٢٢٢ من قانون المرافعات أن هنـــاك حكمـا صادرا من محكمة أول درجة،سواء كانت هى المحكمـــة الابتدائيـة، أو كانت هى المحكمة الجزئية. كما تفترض هذه المادة، أن هذا الحكم صادرا فى حدود النصاب الانتهائى.

أما إذا كان هذا الحكم صادرا من محكمة ثانى درجة فـــلا يجـوز بداهة الطعن فيه بالاستئناف، وفى هذه الحالة الأخيرة، أى حالة صـــدور الحكم من محكمة الدرجة الثانية، أيا كانت، وكان فاصلا فى نزاع خلافـا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضـــى، فإن سبيل التظلم منه يكون عن طريق الطعن فيه بالنقض إعمالا للمـــادة ٢٤٩ من قانون المرافعات[1].

ويسوى الفقه بين الحكم الانتهائى الصادر مـــن أول درجـة فـــى حالتين: بمعنى أنه يستوى أن يكون هذا الحكم صادرا فى حدود النصـــاب الانتهائى للمحكمة التى أصدرته، أو يكون صادرا غير قابل للطعن فيـــه بالاستئناف لأى سبب كان.

وعلى ذلك فإذا صدر هذا الحكم من محكمة أول درجة وكان قـــابلا للطعن فيه بالاستئناف وقبل المحكوم عليه هذا الحكـــم، أو فـــوت ميعـــاد الاستئناف لم يجز له الطعن.

١٣١ – ويشتـــرط من جهة أخرى، ولإمكان أعمال المادة٢٢٢ من

---

(١) نبيل عمر. مؤلفنا فى النظرية العامة للطعن بالنقض. ط. أولى. منشأة المعـــارف، ص٣٠٠ .

قانون المرافعات، أن يكون هذا الحكم الانتهائى السابق شرحه، قد صدر بعد سبق صدور حكم أول فى ذات النزاع الذى صدر بمناسبته الحكم الانتهائي. بمعنى أنه يفترض لإعمال المادة ٢٢٢ من قانون المرافعات أن ترفع دعوى أمام القضاء، أمام محاكم الدرجة الأولى، ويصدر فيها حكم انتهائى. أى أن الحكم الثانى هو الحكم الانتهائى.أما الحكم الأول فمفترض النص أنه لم يصير بعد انتهائى عند صدور الحكم الثاني.

والواقع أنه، حتى مع اعتبار حجية الشئ المقضى به متعلقة بالنظام العام، من المتصور أن ترفع قضية ويحكم فيها، ثم يعاد رفع ذات القضية من جديد، ولا يتمسك صاحب المصلحة بحجية الشئ المقضى به، ولا تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها. هنا يتصور صدور حكمان قضائيان فى نزاع واحد.

مثال ذلك عندما ترفع الدعوى من الورثة مع سابقة رفعها والحكم فيها في مواجهة المورث. ومثال ذلك أيضا عندما ترفع الدعوى من وكيل الديانة مع سابقة رفعها من المدين المفلس(١).

ويلاحظ هنا أنه لا يجوز إعمال المادة ٢٢ من قانون المرافعات، أى لا يجوز استئناف الحكم الصادر على خلاف حكم آخر إلا إذا كان صادراً بصفة انتهائية من محكمة الدرجة الأولى. ويقصد بذلك الحكم الصادر ثانيا، أى التالى فى التاريخ ، أى الحكم الثانى فى الدعوى ذاتها.

والواقع أنه لا يتصور إعمال نص المادة٢٢٢ من قانون المرافعات بصدد حكم صادر من محكمة الدرجة الثانية، وأحكامها انتهائية كما هو معروف، وذلك لأن هذا النص لا يسمح بذلك،ولأن القواعد العامة فى رفع الاستئناف تمنع طرح النزاع على أكثر من درجتين، وسبيل الطعن فى

---

(١) العشماوى، ج ٢، ص ٨٥٤.

الإسكندرية الأهلية الابتدائية ١٩٣٨/١٠/٢٥ المحاماة س ١٩ ص ٥٦٨.

مثل هذه الحالة هو إعمال نص المادة ٢٤٩ والطعن بالنقض(١)

١٣٢-ويشترط من جهة ثالثة لأعمال نص المادة٢٢٢ أن يكون الحكمان الأول والثانى، صادراً فى ذات النزاع كما سبق القول، أى يشترط اتحاد موضوع الطلب، وأشخاصهم بصفاتهم القانونية، وأن يكون سبب الطلب القضائى فى الحالتين واحدا: أى أن يتحد فى الدعويين مجموع الوقائع المولدة للحق المدعى به فى الطلبي، وهذا هو التعريف الذى اعتمدناه لفكرة سبب الطلب القضائى(٢).

وفى هذا المعنى تقول محكمة النقض المصرية: "يجب أن تكون المسألة فى الدعويين واحدة، وأنه يشترط لتوافر هذه الوحدة أن تكون المسألة المقضى فيها مسألة أساسية تناقش فيها الطرفان فى الدعوى الأولى وتعد الأساس لما يدعيه أحدهما فى الدعوى الثانية"(٣).وفى نفس المعنى تقول محكم النقض: " ولا ينال من ذلك ، أى من كون المسألتين دعوى واحدة، أن تكون الأدلة القانونية أو الواقعية فى الدعوى الثانية لم يسبق إثارتها فى الدعوى الأولى أو أثيرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها"(٤). وفى هذا المعنى قالت محكمة النقض أيضا:" كما لا ينال من وحدة الدعويان اختلاف الطلبات فى صدودهما، إذا كانت الطلبات متصلة ببعضها اتصالات عليا، من ذلك أن علة الحكم بصحة العقد عدم بطلانه، ومن ثم فإن الحكم ببطلان عقد يختلف مع الحكم الصادر بصحة ذات العقد(٥).

---

(١) نبيل عمر ، النظرية العامة للطعن بالنقض ، ص ٣٠٠ وما بعدها:

(٢) Omar .Nabil: la Cause de la demande en justice . Thèse. Bordeaux 1977 p. 100et s.

(٣) نقض مدنى ١٩٦٢/١/٢٥ مجموعة النقض س ١٣ ص ١٢٧.

(٤) نقض مدنى ١٩٦٤/١٠/٢٩ مجموعة النقض س ١٥ ص ٩٩٦.

(٥)نقض مدنى ١٩٦٢/٤/١٢ مجموعة النقض س١٣ص ٤٤١.

ومن ذلك أيضا ، أن الحكم بصحة إجراءات تنفيذ ما، يختلف مع الحكم الذى يصدر ببطلان إجراءات التنفيذ ذاته.

١٣٣- ويشترط من جهة رابعة لإمكان استئناف الحكم الانتهائى الصادر ثانيا أن يكون قد صدر " على خلاف حكم سابق لم يحز قوة الأمر المقضى" (م٢٢٢).

والخلاف بين الحكمين المقصود فى المادة محل التعليق يجب أن يفهم على أنه التعارض بين الأحكام التى يستحيل معه تنفيذها تنفيذا متعاصراً.

ويتحقق هذا التعارض بين الحكمين إذا اشتملا على نصوص متناقضة أو متنافية.. وبما أن المقصود بوجود خلاف بين الحكمين هو فقط تفادى تعارض الأحكام فى الموضوع الواحد، فإنه لا يوجد تعارض إذا صدر حكمين أحدهما بإلزام المدعى عليه بالدفع، والآخر بتعيين خبير، لأن الموضوع هنا ليس واحد[1].

وأيضا لا يوجد تعارض لاختلاف موضوع الطلبات إذا صدر حكمين أحدهما بإلزام المدين بقيمة كمبيالة، والآخر ببطلان التنبيه الذى عمل بناء على الحكم الأول بسبب استناد الدائن إلى فوائد ربوية[2]. كما أن الحكم الصادر فى دعوى الحياة لا يجوز حجية الشئ المقضى به فى دعوى الريع والتى تعتبر الملكية عنصرا من عناصرها وذلك لاختلاف الدعويين سببا وموضوعا[3]. وبالإضافة إلى ضرورة توافر هذا الاختلاف بين الحكمين والسابق لنا شرحه، فإنه يشترط أيضا فى الحكم الأول الصادر فى ذات النزاع ألا يكون قد حاز قوة الأمر المقضى وقت صدور الحكم الثانى، على ما سنرى من بعد. ومعنى عدم حيازة الحكم الأول لقوة

---

(١)استئناف مختلط ١٩١٥/٦/١٧ مجلة التشريع والقضاء س٢٧ ص ٤١٥.

(٢) استئناف مختلط ١٩٢١/٣/٢٤ التشريع والقضاء س ٣٣ ص ٢٣٦.

(٣) نقض مدنى ١٩٦٩/٣/١٣ مجموعة النقض س ٢٠ ص ٣٣٣.

الأمر المقضى به هو قابلية هذا الحكم الأول فى التـــاريخ للطعـــن فيـــه بالاستئناف ، أو الطعن فيه بالفعل بهذا الطريق. فإن لـــم يكـــن كذلـــك، بمعنى أنه كان قد صار انتهائيا وقت صدور الحكم الذى هو بصريح نـــص قانون المرافعات قد صدر انتهائيا، فإن طريق الطعن الوحيد المتصور فى هذا المجال هو الطعن بالنقض إعمالاً للمادة ٢٤٩ من قانون المرافعات.

١٣٤-٢- تحديد نطاق الأثر الناقل للاستئناف عند الطعن فى الحكم الانتهائى إعملاً للمادة ٢٢٢ من قانون المرافعات.

الطعن بالاستئناف عموماً له أثر ناقل.

أى أثر متعلق بإعادة طرح ما سبق الفصل فيه ، وما رفـــع عنـــه الاستئناف ،وذلك أمام محكمة الدرجة الثانية- والطعن بالاســـتئناف فـــى نطاق المادة ٢٢٢ من قانون المرافعات هو طعن غير عادى، لمـــاذا؟لأن أسباب الطعن محددة على سبيل الحصر. والطعن بالاستئناف أيضا فـــى نطاق هذه المادة ينصب على الحكم الانتـــهائى الصـــادر ثانيـــا. وكـــان المفروض إعمالاً للأثر الناقل للاستئناف ألا يطرح على محكمة الدرجـــة الثانية لا المسألة المطعون فيها والسابق الفصل فيها من أول درجـــة. أى كان المفروض أن يقتصر الأثر الناقل على نقل خصومة الحكم الانتـــهائى إلى محكمة الاستئناف.

ومع ذلك فظاهر نص المادة ٢٢٢من قـــانون المرافعـــات يقضـــى بعكس ذلك: فهذه المادة تنص على أنه "ويجوز أيضـــا اســـتئناف جميـــع الأحكام الصادرة فى حدود النصاب الانتهائى إذا كان الحكم صادراً علـــى خلاف حكم سابق لم يحز قوة الأمر المقضى" ، تنص هـــذه المـــادة فـــى نهايتها على أن: "وفى هذه الحالة يعتبر الحكم السابق مستأنفا بقوة القانون إذا لم يكن قد صار انتهائيا عند رفع الاستئناف" . ظاهر هذه المادة ســـهل واضح، لكن بالتأمل فيه نجد أنه يحتاج إلى بسط فى الشرح يوضح ما بـــه من غموض تبدى لنا.

هذه المادة تتكلم عن توسع فى الأثر الناقل للاستئناف،هذا التوسع يتم بقوة القانون .تحديد نطاق الأثر الناقل للاستئناف بحيث يشمل خصومة الحكم الانتهائى الصادر ثانيا، وخصومة الحكم الصادر أولا مشروط بمجموعة قيود.

١٣٥- قبل أن نعرض وجهة نظرنا، يهمنا التركيز على أن الفقه بجمهوره يذهب فى هذا الصدد إلى القول بأنه إذا كان الحكم السابق (الأول) قد صار انتهائيا عند رفع الاستئناف، أى عند تقديم صحيفته إلى قلم الكتاب، فعندئذ يتعين على محكمة الاستئناف أن تقضى بإلغاء الحكم المستأنف أو بتعديله بما يزيل التناقض بينه وبين الحكم السابق الذى صار انتهائيا(١).

خلاصة هذا الرأى إذاً ، أن الطعن بالاستئناف تم بالنسبة للحكم الانتهائى الصادر ثانيا. وعند رفع الاستئناف ، تكون سلطات محكمة الدرجة الثانية مقيدة إزاء الطعن المرفوع أمامها. فهى لا تملك إلا تعديل أو إلغاء هذا الحكم. لماذا؟ لأن الحكم الأول قد صار انتهائى عند رفع الاستئناف. فالحكم الأول لا يطرح على محكمة الطعن. والأثر الناقل للاستئناف يحترم حدود الطعن فلا يمتد إلى أكثر من نطاقه المرسوم فى صحيفة الطعن. ومع ذلك فوجود حكم أول حائز لقوة الأمر المقضى يشع مجموعة آثار، تولد المجموعة قيود ، هذه القيود تنعكس فى المقام الأول على سلطات محكمة الاستئناف كما سنرى من بعد. هدف هذه القيود هو احترام قوة الأمر المقضى التى يحوزها الحكم الأول، وتصفية منازعات التنفيذ التى قد يثيرها هذان الحكمان من المنبع.

١٣٦-وفى فرض ثانى، يرى الجمهور، أنه إذا كان الحكم الأول لم يصبح بعد انتهائيا عند رفع الاستئناف عن الحكم الانتهائى الصادر ثانيا،

---

(١) عبد المنعم حسنى، ص٢٨٨، العشماوى، ص ٨٥٢ ، أبو الوفا . ص ٦٨٠ ، فتحى والى .ص ٥٩٠.

ففى هذه الحالة يعتبر الحكم الأول مستأنفا بقوة القانون لمجرد رفع الاستئناف عن الحكم الثانى.ويترتب على ذلك، وبقوة القانون توسع الأثر الناقل للاستئناف،وإعطاء محكمة الدرجة الثانية كامل حريتها فى نظر الحكمين معا. فلها أن تؤيد منهما ما تراه جديرا بالتأييد ، دون أى قيد مستمد من وجود الحكم الأول، والحكمة فى ذلك مفهومة، فليس هنا حكم سابق حائز لقوة الأمر المقضى به يجب احترامه.

وضع غريب لا شك فيه،وضع غريب لم يلتفت إليه أحد من قبيل مظهر الغرابة يكمن فى أن محكمة الاستئناف فى الحالة الأولى، التى يكون الحكم الأول فيها حائزا لقوة الأمر المقضى وقت رفع الاستئناف، تتقيد بهذا الحكم، فلا تملك إلا إلغاء أو تعديل الحكم الثانى!! رغم أن الحكم الثانى أيضا قد صدر فى حدود النصاب الانتهائى، أو هو حكم انتهائى بغض النظر عن قاعدة النصاب، هنا تحترم قوة الأمر المقضى لحكم صدر أولا، ولا تحترم بالنسبة لحكم صدر ثانيا. بل أكثر من هذا فالحكم الأول بالضرورة صدر ابتدائيا، أما الحكم الثانى فهو بالضرورة أيضا قد صدر انتهائيا، فكان أجدر بالاحترام، وهنا أيضا ضرب المشرع عرض الحائط بإرادة الخصوم فى قصر الطعن على حكم دون آخر ، فوسع الأثر الناقل للاستئناف. كما سنرى فيما بعد.

١٣٧- أما فى الحالة الثانية،التى يكون فيها الحكم الأول ما زال ابتدائيا قابلاً للطعن فيه بطرق الطعن العادي، فهو يطرح بقوة القانون على محكمة الدرجة الثانية، رغم إرادة الخصوم، هنا يفقد مبدا الطلب وجوده، فحسب هذا المبدأ لا يقضى القاضى فى امر لم يطلب منه بواسطة الخصوم، ونرى هنا أن القانون قد حقل محل الخصوم، فيوجد هنا طلب "قانونى" لم يطرحه الخصوم، وطرحه القانون، لاعتبارات السياسة التشريعية.

وهنا أيضا يلاحظ، أن محكمة الاستئناف يطرح عليها الحكم الانتهائى الصادر ثانيا، والحكم الابتدائى الصادر أولا، وإذ يكون الأمر

كذلك ، فإن محكمة الاستئناف تستعيد سلطاتها بصدد الحكمين معا، فلا احترام لقوة الأمر المقضى التى يحوزها الحكم الثاني!!.

وإذا أردنا البحث عن حكمة التشريع فى صدد المادة ٢٢٢ من قانون المرافعات ،فإننا نستطيع القول بأن المشرع يحمى بشكل متأخر "حجية الشئ المقضى به" والتى كان يجب احترامها عندما رفع ذات النزاع مرة ثانية.

ويمكن القول أيضا بأن المشرع يحمى حماية متأخرة قاعدة" أن رفع النزاع أمام محكمة معينة يسحب الاختصاص به من سائر المحاكم".

هذا بالإضافة إلى منع تعارض الأحكام القضائية الذى يتجلى بأوضح صورة عند ممارسة التنفيذ الجبرى.

إذا كان هذا هو مايراه جمهور الفقه بصدد المادة ٢٢٢ من قانون المرافعات. فإن الوقت قد حان لإبداء وجهة نظرنا بصدد قانون الأثر الناقل للاستئناف فى هذه الحالة.

١٣٨-لاحظنا فيما سبق إمكانية الطعن فى الحكم الانتهائى الصادر ثانيا دون ضرورة لطرح الحكم الصادر أولا على محكمة الاستئناف إذا كان قد صار انتهائيا.

وسبق لنا القول أيضا أن الحكم الصادر أولاً يطرح عند الطعن فى الحكم الانتهائي الصادر ثانيا، أمام محكمة الاستئناف، بشرط ألا يكون الحكم الأول قد حاز قوة المقضى . وسبق القول أيضا أنه إذا كان الحكم الأول قد حاز قوة الأمر المقضى وقت الطعن فى الحكم الانتهائى الثانى فعنا يجب الحكم بعدم قبول الاستئناف، ولا يكون هناك مجال للتظلم من الحكم الثانى إلا بالطعن بالنقض.

والسؤال الآن هو: هل ينظر فى صيرورة الحكم الصادر أولاً انتهائيا إلى لحظة صدور الحكم الثانى، أم ينظر إلى لحظة رفع الاستئناف

فى الحكم الثانى لتقدير هذه الانتهائية؟

السؤال مهم. ومظهر الأهمية يتبدى فى أنه إذا صدر الحكم الثانى ، وهو انتهائى ، فى وقت كان الحكم الأول قد صار فيه انتهائى، فإنه فى هذه الحالة يمتنع الطعن بالاستئناف فى الحكمين، ولا يوجد إلا الطعن بالنقض إعمالا للمادة ٢٤٩ من قانون المرافعات.

أما إذا كان وصف الانتهائية بالنسبة للحكم الأول لا يعتد به إلا لحظة رفع الطعن بالاستئناف ، فإن ذلك يفتح الفرصة للطعن بهذا الطريق فى الحكم الثانى الصادر انتهائيا، وتتقيد بهذه الانتهائية محكمة الاستئناف نفسها كما سبق البيان.

بل أكثر من ذلك، فإنه بالإضافة إلى فتح طريق الاستئناف أمام الحكم الثانى، فإن الحكم الأول يطرح أو لا يطرح على محكمة الدرجة الثانية بحسب ما إذا كان قد صدر انتهائيا ام لا عند " الطعن فى الحكم الثانى".

واضح من نص المادة ٢٢٢ أن المشرع يعتد فى تحديد اللحظة التى يعتبر فيها الحكم الأول انتهائيا، بلحظة رفع الاستئناف، فمن هذه اللحظة يجب أن نبدأ بتحديد ما إذا كان الحكم الأول قد صار انتهائيا أم لا .

فإذا لم يكن قد صار انتهائيا وقت رفع الاستئناف عن الحكم الثانى فإنه ، أى الحكم يطرح بقوة القانون على محكمة الاستئناف، ولا عبرة فى ذلك بصيرورة هذا الحكم- الأول- انتهائيا بعد رفع الاستئناف طالما أنه لم يكن كذلك حتى لحظة إيداع صحيفة الطعن قلم الكتاب. أما إذا كان الحكم الأول قد صار حائز لقوة الأمر المقضى لحظة رفع الطعن بالاستئناف عن الحكم الثانى، فإننا نرى أن الطعن المرفوع عن الحكم الثانى يكون غير مقبول، ولا يكون أمام صاحب المصلحة فى الطعن إلا اللجوء إلى طريق الطعن بالنقض.

أما ما يراه الجمهور من أن الحكم الصادر صادر انتهائيا عند رفع الاستئناف فلا يطرح على محكمة الاستئناف، وإنما يتعين على هذه المحكمة أن تنظر فقط الطعن فى الحكم الصادر ثانيا. ويتعين عليها أن تعدل هذا الحكم أو تلغيه على مقتضى الحكم الأول[1]، فهذا الرأى فى اعتقادنا محل نقد. أن معنى ذلك أن الحكم الأول لحظة صدور الحكم الثانى الانتهائى لم يكن قد حاز قوة الأمر المقضى به. ورغم ذلك فبمجرد وجود الخلاف بين هذين الحكمين نص المشرع -استثناء- على قابلية الحكم الثانى الانتهائى للطعن فيه بالاستئناف. فإذا ما رفع استئناف عن هذا الحكم بالفعل ، وكان الحكم الأول قد حاز قوة الأمر المقضى ، وذلك لحظة أو عند رفع هذا الاستئناف، فإن الوضع يقتصر على مجرد عدم طرح الحكم الأول- الانتهائى- على محكمة الدرجة الثانية، مع قبول الطعن فى الحكم الثانى، ورغم ذلك تحترم محكمة الاستئناف الحكم الأول الذى صار انتهائيا. ومظهر هذا الاحترام يتجلى فى ضرورة إلغاء أو تعديل الحكم الثانى بما يتمشى مع الحكم الأول.

فى حين أن المفروض فى مثل هذه الحالة، التى يكون الحكم الأول فيها قد حاز قوة الأمر المقضى لحظة رفع الطعن بالاستئناف فى الحكم الثانى. أن يحكم بعدم قبول الاستئناف لخروج هذه الحالة عن نطاق المادة ٢٢٢ من قانون المرافعات. ولا يكون هناك مجال إلا للطعن بالنقض. وبهذا يمكن تلافى كل الانتقادات السابق لنا الإشارة إليها.

١٣٩-٣- فى تحديد سلطات محكمة الاستئناف إزاء الطعن المرفوع أمامها إعمالا للمادة ٢٢٢.

حسب نص هذه المادة، وحسب التحليل المتقدم السابق لنا الإشارة إليه ، فإنه إذا صدر حكما انتهائيا على خلاف حكم سابق لم يحز قوة

---

(١)عبد المنعم حسنى، ص ٢٨٨.

- كمال عبد العزيز، ص ٤٤٤.

الأمر المقضى، فإن الحكم السابق يعتبر مستأنفا بقوة القانون إذا لم يكن قد صار انتهائيا عند رفع الاستئناف، أما إذا كان قد صار انتهائيا عن رفـــع الاستئناف ، فإن استئناف الحكم الثانى- فى رأينا- يكون غـــير مقبـــول، والواقع أنه ليس هناك كثير يقال بصدد سلطات محكمة الاستئناف فى مثل هذه الحالة. فمحكمة الاستئناف تعيد النظر فى الحكيم غير متقيدة بأيـــهما طالما أن الحكم الأول لم يكن قد صار انتهائيا وقت رفع الاستئناف عـــن الحكم الثانى[1].

وننتقل الآن إلى المبحث الثانى من هذا الفصل والذى نكرسه لدراسة الطعن المباشر بالاستئناف والطعن مع الحكم المنهى بالنسبة للأحكام التى لا تنتهى بها الخصومة.

---

(١) يشترط لإعمال نص المادة ٢٢٢ مرافعات ثلاث شروط:

١-أن يكون الحكمان صادرين فى نفس الموضوع مع اتحاد الخصوم والسبب.

٢-ألا يكون الحكم الأول وقت صدور الحكم الثانى قد حاز قوة الشئ المحكـــوم فيـــه بصيرورته نهائيا. فإن كان كذلك وكان الحكم الثانى انتهائيا كان سبيل الطعن فـــى الأخير هو النقض عملا بالمادة ٢٤٩ مرافعات.

٣-أن يكون الحكم الثانى صادرا من محكمة الدرجة الأولـــى فـــى حـــدود نصابـــها الانتهائى أو صدر منها غير قابل للاستئناف . اما إذا كان قابلا للاستئناف وقبلـــه المحكوم عليه ، أو فوت ميعاد استئنافه لم يكن الطعن جائزا.

وإذا توافرت هذه الشروط مجتمعة جاز إعمال المادة ٢٢٢ مرافعات . فإن كـــان الحكم الأول قد صار انتهائيا عند رفع الاستئناف فلا يطرح على محكمة الدرجة الثانية وإنما يتعين عليها إلغاء الحكم الثانى أو تعديله على مقتضى حجية الحكم الأول.

نقض مدنى ١٩٦٨/٣/١٨ مجموعة النقض س ١٩ ص ٣٩٥.

أما إذا كان غير نهائى عند رفع الاستئناف فإنه يطرح على محكمة الاستئناف مع الحكم الثانى التى يكون لها القضاء فيهما معا بما تراه غير متقيدة بأيهما.

نقض مدنى ١٩٧٠/٢/٢٤ مجموعة النقض س٢١ ص ٢٩٥ وإذا كـــان الحكـــم متعدد الأجزاء فإنه استئناف المحكوم عليه فى شق منه يطرح بقـــوة القـــانون الشـــق المحكوم فيه لصالح المستأنف الذى لم يكن قد صار انتهائيا عند رفع الاستئناف.

المبحث الثانى

الطعن المباشر بالاستئناف، والطعن مع الحكم المنهى للخصومة فى الأحكام التى تصدر أثناء سير الدعوى

١٤٠- دراسة الطعن بالاستئناف فى الأحكام التى تصدر أثناء سير الخصومة لا يخضع لقاعدة واحدة، وإنما يخضع لقواعد مختلفة.

فالمادة٢١٢ من قانون المرافعات تنص على أنه: " لا يجوز الطعن فى الأحكام التى تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهى بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة كلها، وذلك فيما عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى، والأحكام القابلة للتنفيذ الجبرى".

هذا النص نحتاج لتوضيحه إلى تقسيم هذا المبحث إلى الأقسام التالية:

المطلب الأول: فكرة عن طبيعة الدعوى القضائية.

المطلب الثانى: فكرة عن طبيعة الخصومة المتولدة عن الدعوى.

المطلب الثالث: الأحكام القابلة للطعن بالاستئناف مباشرة وفقا للمادة ٢١٢

المطلب الرابع: الأحكام التى يجوز استئنافها إلا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة كلها.

المطلب الأول

دراسة تحليلية لفكرة الدعوى القضائية

١٤١- دراسة الدعوى القضائية من الناحية التحليلية هى محاولة إبراز العناصر المكونة للهيكل العام لفكرة الدعوى، حتى إذا استقام لنا كشف هذه العناصر كان من السهل تعريف هذه الفكرة.

والفقه التقليدى يركز الجانب الأكبر من اهتمامه، حين يدرس فكرة الدعوى القضائية، فى محاولة إبراز أوجه الشبه والخلاف بين الدعوى القضائية والحق الذى تحميه هذه الدعوى، وإمكانية دراسة العلاقة بين محل الحماية القضائية ووسيلة هذه الحماية لا يمكن أن تظهر بجلاء إلا بعد بيان طبيعة هذه الوسيلة والطريقة الفنية لعملها. ودراسة فكرة الدعوى من الناحية التحليلية تسمح لنا من جهة أخرى بإظهار الفارق بين الحماية القانونية من جهة والحماية القضائية من جهة ثانية. هذا الفارق سوف يساهم فى مرحلة تالية بإلقاء الضوء على طبيعة القاعدة القانونية الإجرائية بالمقارنة بينها وبين طبيعة القاعدة القانونية الموضوعية. وأهمية الدراسة التحليلية لفكرة الدعوى تساهم من جهة أخرى فى تحديد المركز الذى يشغله القانون الإجرائى بالنسبة لتقسيمات القانون الوضعى كما سوف يتضح من هذا البحث.

والدراسة التحليلية لفكرة الدعوى يمكن أن تقسم إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول : فى تحليل فكرة الدعوى القضائية إلى عناصرها الأولية.

الفرع الثانى: فى تمييز الدعوى القضائية عما قد يختلط بها من أفكار أخرى.

الفرع الثالث: فى تعريف الدعوى وتحديد شروط قبولها.

الفرع الأول

فى تحليل فكرة الدعوى القضائية

إلى عناصرها الأولية

L'action en justice analysèe a ses èlèments irrèductibles

١٤٢- ليس لأحد أن يقتضى حقه بيده، فحق القصاص الخاص انتهى بظهور فكرة الدولة المنظمة . فقبل ظهور التنظيم القانونى للدولة، كان الشخص إذا اعتدى على حق له، يستطيع أن يقتضى لنفسه بنفسه، وحدث فى فترة تالية نوع من التنظيم الاجتماعى كان أثره فيما يتعلق بموضوعنا هو خلق نظام التحكيم، أى اللجوء إلى شخص من الغير لعرض النزاع أمامه لكى يحسمه بقرار غير ملزم لأطراف النزع. فلهم قبول هذا القرار أو عدم قبوله، كما أن لهم اللجوء إلى هذا الحكم أو طرح اللجوء إليه واستعمال حقهم فى الانتقام الخاص.

وبتطور فكرة الجماعة، تطورت فكرة القضاء، ووجد نوع من التحكيم الاجبارى، إجبارى فى اللجوء إليه، وإجبارى فى الالتزام بالقرار الصادر عن المحكم. ثم ظهرت فكرة الدولة بمفهومها الحديث ، ومعها ظهرت فكرة القضاء بمفهومه الدارج الذى سوف نعرفه أولا بأول من خلال دراستنا الحالية.

وتقوم الدولة بإنشاء مرفق عام من ضمن العديد من المرافق العامة، يسمى مرفق القضاء. هذا المرفق منظم بشكل معين وبتقسيمات معينة وله تدرج هرمى سوف ندرسه فى محله. وتزود الدولة هذا المرفق بأشخاص طبيعيين يتولون إدارته. وعلى رأس هؤلاء الأشخاص يظهر القاضى. وتمنح الدولة للمركز القانونى للقضاء ولاية معينة، اصطلح على تسميتها بولاية القضاء. هدف هذه الولاية هو تحقيق القانون فى المجتمع أو إعماله La rèalisation de droit . وبإعمال القانون يسود الأمن الاجتماعى فى الدولة وتستقر مصالح الأفراد. واللجوء إلى مرفق القضاء يحتاج إلى

استعمال أداة فنية خاصة تسمى الدعوى القضائية L'action en justice هذه الدعوى القضائية لم يتناولها المشرع المصرى أو الفرنسى بالتنظيم أو بالتعريف، والواقع فإنه إذا كان من الطبيعى ألا يقوم المشرع بتعريف الأفكار القانونية، لأن هذا العمل يدخل فى نطاق الفقه، فإنه من غير المفهوم ألا يقوم المشرع بالتنظيم القانونى لهذه الفكرة التى تعد بحق العمود الفقرى لقانون الإجراءات أيا كان مكانه أو زمانه. وسنقوم فيما يلى بمحاولة جديدة لدراسة تحليلية لفكرة الدعوى القضائية.

١٤٣-عرض للنظريات التقليدية لفكرة الدعوى القضائية وتقديرها.

النظرية الأولى:

يرى بعض الفقه التقليدى أن الدعوى القضائية ليست هى ذات الحق الذى تحميه، وليست مستقلة عنه بحيث توجد بغيره أو يوجد بغيرها، وإنما الدعوى جزء لا يتجزأ من الحق. فالحق، حسب هذا الرأى، لا يكتمل وجوده بغيرها، أى لا يكتمل وجوده إلا إذا كان لصاحبه سلطة الالتجاء إلى القضاء للذود عنه. ويترب أنصار هذا الرأى على هذه المقدمات النتائج التالية:

١-لا يتصور وجود دعوى دون أن تستند إلى حق، ومن جهة أخرى لا يتصور وجود حق دون أن تحميه دعوى.

٢-لكل حق دعوى واحدة تحميه، فإن تعددت الدعاوى بصدد واقعة معينة، فذلك لأن هذه الواقعة تنشئ من الدعاوى بقدر الحقوق المتعلقة بها(١).

والواقع أن هذا النظر قد حاول أن يتفادى الانتقادات التى وجهت إلى فقه قديم كان يرى فى الدعوى القضائية والحق الذى تحميه شيئا

---

(١) أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ط ١٢ ص ١٠١.

واحدا. فالحق- حسب منطق الفقه القديم[1] - يظل ساكنا إلى أن يطرأ نزاع بصدده ، فيتحول من حالة السكون إلى حالة الحركة، الحركة إلى القضاء. فالحق لا يفترق عن الدعوى إذا ، وحسب هذا الرأى، إلا كما يفترق السكون والحركة لذات الشئ. فالإنسان النائم هو ذاته الإنسان المستيقظ. وقد وجهت إلى هذا الرأى الأخير العديد من الانتقادات نجمل أهمها فيما يلى :

١-قد توجد الدعوى دون حاجة لوجود الحق الموضوعى مثال هذا الطلب الوقتى أو الاحتياطي، فالحق فى الدعوى موجود بصرف النظر عن الحق الموضوعى[2]. وأيضا دعوى التقرير السلبية التى يطلب فيها المدعى تقريرا قضائيا بأنه لا يلتزم قانونا بواجب ما هنا أيضا لا يوجد أى حق موضوعى[3].

٢-وحتى فى الحالات التى تنشأ فيها الدعوى بسبب الاعتداء على الحق الموضوعى فإن الدعوى تختلف عن هذا الحق من حيث سببها ومن حيث مضمونها[4].

٣-وأخيرا فاستعمال الدعوى أو بالأحرى الحكم الذى يصدر فيها يضيف جديدا إلى الحق. هذا الجدة تنشأ من إضفاء تأكيد قضائى له حجيته لم يكن يتمتع به الحق من قبل[5].

وإذا كانت هذه هى أهم الانتقادات التى وجهت إلى الفقه الذى يسوى فى الدعوى القضائية والحق الذى تحميه شيئا واحدا، فإننا استكمالا لما بدأناه نقول أن الرأى الذى يرى فى الدعوى القضائية عنصرا من عناصر

---

(١) سوليس وبيرو جزء ١ ، ص ١٠٠- القانون القضائى الخاص.

(٢) فتحى والى. مبادئ قانون القضاء المدنى ط ٢ سنة ١٩٧٥، ص ٥٤.

(٣) فتحى والى. المرجع السابق، ص ٥٤.

(٤) نبيل عمر. إجراءات التنفيذ ، ص ١٧٠ وما بعدها سنة ١٩٧٩ الطبعة الأولى.

(٥) فتحى والى . المرجع السابق ، ص ٥٥.

الحق ، أو " جزء لا يتجزأ من الحق" لهو رأى لا يستقيم مع النظر الصحيح للأمور، فالحق الشخصى على سبيل المثال هو رابطة تقوم بين شخصين على الأقل تخول لأحدهما وهو الطرف الإيجابى مكنة اقتضاء أداء معين من الطرف الثانى وهو الطرف السلبى ، فالرابطة التىتوجد فى أساس الحق الشخصى هى رابطة اقتضاء[1]. وبصدد الحق العينى الذى يخول لصاحبه مكنة التسلط إلى شئ معين توجد فى أساسه رابطة من نوع معين هى رابطة التسلط. هذه الرابطة تخول لصاحب الحق العينى السلطات لها أوصاف متعددة بحثها يخرج عن نطاق دراستنا[2].

فإذا أردنا البحث فى هذه الأنواع من الحقوق، لكى نفرز هذا الجزء الذى لا يتجزأ من الحق والذى يسمى بالدعوى القضائية التى يوحد بين فكرة الدعوى القضائية وبين الحق الذى تحميه توحيدا كاملا أو توحيدا جزئيا يخلط بشدة بين أمرين:

الأمر الأول: هو الحماية القانونية التى توجد كعنصر من العناصر المكونة للحق ذاته،وبين الحماية القضائية التى تستقل عن الحق ذاته، وتوجد خارجه وتخضع لتنظيم قانونى يختلف عن التنظيم القانونى للحق ذاته. وسنرى هذا فيما بعد حين ندرس الطبيعة القانونية لفكرة الدعوى.

الأمر الثانى: ينحصر فى أن هذا الرأى لم يحدد لنا بدقة الوسيلة الفنية la technique التى بواسطتها أمكنة التوصل إلى القول بأن الدعوى القضائية هى جزء لا يتجزأ من الحق الذى يحميه[3]، فبما أن الدعوى والحق الذى تحميه هما شيئان مختلفان الواحد عن الآخر سببا وموضوعا،

---

(١) حسن كيره. المدخل فى دراسة القانون ١٩٧٩ ، ص ٤٢٠.

(٢) حسن كيره. الحقوق العينية الأصلية ١٩٦٩، ص ٢٥٠ وما بعدها.

-عبد المنعم الشرقاوى. المصلحة فى الدعوى ، رسالة ١٩٤٧،ص ١٠وما بعدها.

-عبد المنعم الشرقاوى وفتحى والى. المرافعات المدنية والتجارية ، ص ٢٥.

(٣) نبيل عمر. سبب البطلان القضائى أمام محكمة الاستئناف،منشأة المعارف ١٩٧٨، ص ١٥٠ وما بعدها.

فكان المفروض لكى يكون هذا الرأى سليما مع منطقه أن يوحد أو يحاول أن يوجد بين سبب وموضوع كلا من الدعوى والحق حتى إذا استقام لـــه الأمر أمكن القول بأن الدعوى هى جزء لا يتجزأ من الحق الذى تحميـــه أنه لا يتصور اختلاف الجزء فى طبيعته عن الكل.

١٤٤- النظرية الثانية:

ويرى فريق آخر من الفقه أن الدعوى القضائية فى لغة المرافعات هى "المطالبة القضائية" La demande en justice ،أى الالتجاء فعلا إلى القضاء بطلب الحكم بأمر ما. ويرى هذا الفقه أن الوضع يختلـــف فـــى نطاق قانون المرافعات عنه فى القانون المدنى، ففى هذا القانون الأخـــير، كما سبق لنا القول، يقصد بالدعوى الحماية القضائية للحقوق، بينما فـــى قانون المرافعات فإن المقصود بالدعوى هو، ببساطة، التقدم فعلا بطلب ما إلى القضاء سواء أكان صاحبه به حق فيه أو ليس له أى حق[1].

هذا الرأى لا يقدم ، بالنسبة لنا، أى مساهمة فى تحديـــد وتحليـل الطبيعة القانونية للدعوى القضائية :

١-فهو لم يحدد طبيعة الدعوى بتحليلها إلى عناصرها الأولية.

٢-وهو يخلط بين الدعوى القضائية كفكرة مستقلة وبين أداة مـــن أدوات استخدامها وهو الطلب القضائى، فقد وصل به الحد إلى المزج بيـــن الفكرتين ، فلديه الدعوى هى المطالبة القضائية.

بينما الواقع على خلاف ذلك إذ الطلب القضائى هو وسيلة اسـتخدام الدعوى. وتحليل الطلب القضائى يختلف عن تحليل الدعوى الذى ســوف يتضح أول بأول من خلال هذه الدراسة الاستقرائية.

ولتوضيح فكرة الطلب القضائية بالنسبة للدعوى القضائية نفرد هـذا البحث:

---

(١) أحمد مسلم، أصول المرافعات ١٩٦٩ ،ص ٣٠٧.

من المستقر فى الفقه أن الطلب القضائىLa demande en justice هو الأداة الإجرائية التى تحمل الإدعـاء أمـام القضـاء la prètention استعمالا للدعوى القضائية . فالطلب القضائى إذا لا يختلـط بـالدعوى؟ الطلب هو وسيلة الدعوى وأداتها. ومن المتصور رغـم هـذا أن توجـد طلبات دون دعاوى des demandes sans actions ،كالطلب القضـائى الذى يقدم من شخص ينوب عن صاحب الدعوى الأصلى. ومن المتصور أيضا، تدعيما للنظر الذى نراه بأن الطالب القضائى هو أمر مختلف عـن الدعوى القضائية، أن يكون الطلب القضائى مسـتوفيا لجميـع شـروطه الشكلية والموضوعية التى يتطلبها القانون ورغم هذا يكون غير مقبـول نظرا لأنه غير مستند إلى دعوى. غياب الدعوى يمنع المحكمة إذا مـن نظر الطلب القضائى. فالتصرف القانونى المتخذ صورة الطلب القضـائى صحيح قانونا ولكنه غير مقبول لغياب الدعوى القضائية التى يعتبر الطلب القضائى وسيلة لاستخدامها. وعلى العكس من الممكن أن تحيا الدعـوى بعد زوال الطلب القضائى. ومن الممكن أن توجد الدعوى قبل اسـتخدام الطلب القضائى(1). ونعالج هاتين المسألتين الأخيرتين بشئ من التفصيـل فيما يلى :

١٤٥-١-١ الدعوى توجد مستقلة عن الطلب القضائى:

الدعوى توجد سابقة على التصـرف القـانونى المعتـبر وسـيلة لاستخدامها، وذلك يبتدى تقريبا فى جميع الحالات التى توجد فيها دعاوى قضائية كأداة فنية للحماية القضائية.فالدعوى توجد، أيا كان المصدر الذى توجد فيها (نص القانون، الاتفاق) ، ثم يأتى الطلب القضائى حين يشـرع ذو المصلحة فى استخدام دعواه لكى يحصل على الحماية القضائية. هـذه الحماية القضائية لا تفعل أكثر من تجسيد الحماية القانونية حيـن يحـدث نزاع بصدد هذه الأخيرة.

---

(١) Cornu et Foyer. Procèdure Civile. 1985 .p. 270

٢-الدعوى تحيا بعد زوال الطلب القضائى:

من المتصور جدا أن تظل الدعــوى قائمــة رغــم زوال الطلــب القضائى المعتبر وسيلة فنية لاستخدام الدعــوى. فــإذا أصــاب الطلــب القضائى عيبا أدى إلى بطلانه، وبالتالى زواله وزوال الآثار التى ترتبـت عليه، فإن المدعى فى كثير من الأحيان يمكن له تجديد الطلب مرة ثانيــة استخداما لذات الدعوى القضائية(١)ز

ومن جهة أخرى، وكما سنرى فيما بعد، يستطيع المدعى أن يتنازل عن آثار الطلب القضائى، دون أن يعنى هذا بــالضرورة تنازلــه عــن الدعوى القضائية. فزوال آثار الطلب القضائى قد يؤدى إلى زوال الطلــب ذاته، ومع هذا وبناء على احتفاظ المدعى بدعواه يستطيع تجديد وســيلة استخدام هذه للدعوى أى تجديد الطلب القضائى. ومن جهــة أخــرى إذا طرأت بعض عوارض حالت دون استمرار المركز القانونى الناشئ عــن الطلب القضائى أى الخصومة، فــإن زوال هــذه الخصومــة لا يــؤدى بالضرورة إلى زوال الدعوى. كل هذا حاسم فى إظهار أوجه الاســتقلال التى تفصل بين الطلب القضائى وسيلة استخدام الدعوى وبيــن الدعــوى ذاتها.

هذا يؤدى بنا إلى القول بأن الرأى السابق الذى يوحد بيــن فكــرة الدعوى من جهة وفكرة الطلب القضائى من جهة أخرى بحيث لا يــرى الدعوى إلا بأنها المطالبة القضائية لهو رأى ضعيف الأساس(٢).

١٤٦- ورغم هذه الفوارق الأساسية التى تفصل بين فكرة الدعــوى القضائية وفكرة الطلب القضائى إلا أن هناك نقاط اتصال توصــل بيــن الشئ (الدعوى) ووسيلة استخدامه(الطلب القضائى) . نقاط الاتصال هــذه

---

(١) Cornu et Foyer. Op. Cit. Loc. Cit .p. 271

(٢) أحمد مسلم ، المرجع السابق، ص ٣٠٧ وما بعدها .

- المرجع السابق ، ص ٢٧١ Cornu et Foyer

تبتدى أولا فى أن وجود الطلب القضائى لابد أن يستند على وجود سابق للدعوى القضائية. بل أكثر من مسألة الوجود l' existance ، فإن قبول هذا الطلب القضائى la recevabilitè أو بمعنى أدق plus prècis فإن قبول الإدعاء la prètention الذى يشكل مضمون contenu الطلب القضائى يتوقف على التأكد، بصفة مبتدأة، من وجود الدعوى القضائية وبالإضافة إلى ذلك فإن العلاقة بين الطلب القضائي والدعوى القضائية تظهر أساسا من الفكرتين الآتيتين :

١-الطلب القضائى يحفظ الدعوى القضائية :

من المعروف أن نظام التقادم يتوجه فى الواقع إلى وسيلة حماية الحق الذى يصيبه التقادم، فالطلب القضائى يحمى الدعوى القضائية من الموت. فالطلب القضائى ، عبارة عن إفصاح عن إرادة صاحب الحق فى استخدام دعواه ، وبما أنه أفصح عن هذه الإرادة فإن التقادم ينقطع سريانه. ومن جهة أخرى إذا كان محددا لاستخدام الدعوى مدة زمنية معينة تسقط بانقضائها، فإن الطلب القضائى يؤدى إلى حماية الدعوى من السقوط، وهذا فى الواقع مظهر من المظاهر الهامة الذى تحمى فيه الوسيلة الشئ الذى وضعت لاستخدامه(مثال ذلك دعاوى الحيازة).

ومن جهة أخرى فمن المعروف أن هناك بعض الدعاوى اللصيقة بالشخصية، مثال ذلك دعوى التعويض عن الضرر الأدبى، مثل هذه الدعوى تعتبر من الدعاوى التى لا تنتقل إلى خلف المضرور إلا إذا حدث اتفاق على هذا أو قدم بصددها طلب قضائى. هنا نجد أن الطلب يحمى أمثال هذه الدعاوى من الانتهاء بانتهاء ذو الصفة الأصلى. فالأثر المترتب إذا على تقديم الطلب القضائى فى مقل هذه الحالة هو قابلية مثل هذه الدعاوى للانتقال إلى خلف المضرور أو إلى الأشخاص الذين حددهم القانون.ويسمى هذا الأثر بقابلية الدعوى، فى حالات معينة، للانتقال حيث لا يجوز بحسب الأصل انتقال مثل هذه الدعاوى. La transmissibilitè .de l'action judiciaire

٢-الطلب القضائى يهيئ الدعوى للانقضاء:

الطلب القضائى بمجرد طرحه أمام القضاء لا يؤدى إلى زوال الدعوى القضائية، بل على العكس يحفظ هذه الدعوى من الزوال كما سبق البيان.

ومع هذا ، فمثل هذا الطلب القضائى يهيئ الدعوى لأن تتلقى حكما قضائيا قد يؤدى إلى استنفاذها. وزوال الدعوى نتيجة للحكم القضائى يتحدد بالنطاق الذى استخدمت فيه هذه الدعوى، بواسطة الطلب القضائى، بمعنى أنه قد يرد الإدعاء الذى يتضمنه الطلب القضائى على جزء فقط من الدعوى القضائية، وبالتالى يكون انقضاء هذه الدعوى محدود بالنطاق الذى فيه طرح الإدعاء على القضاء. وحجية الشئ المقضى به لا تغطى إلا ما فصل فيه الحكم القضائى وكان موضوعا للطلب القضائى. وسلطات القاضى تتحدد بما اشتمل عليه، أخيرا، الطلب القضائى[1].

من كل هذه الملاحظات يتبين لنا فساد الرأى الذى يوحد بين الدعوى القضائية والطلب القضائى.

بعد استعراض هذين الاتجاهين التقليديين بصدد بيان طبيعة الدعوى القضائية ننتقل إلى استعراض الاتجاهات الحديثة فى هذا الموضوع مركزين الاهتمام فقط على الاتجاهات البارزة لكى نخلص من هذه الدراسة الاستقرائية إلى بيان الحل الذى نرتضيه فى تحديد فكرة الدعوى القضائية.

١٤٧- عرض للنظريات الحديثة فى فكرة الدعوى القضائية وتقديرها:

بعد أن تم لنا فى العرض السابق استعراض الاتجاهات البارزة فى الفقه التقليدى والتى تعرضت لتعريف فكرة الدعوى القضائية، نتعرض

---

(١) المرجع السابق ، ص ٢٧٢ Cornu et Foyer

الآن للنظريات الحديثة التى تلقى رواجا فى الفقه المجدد لكى نرى مضمونها ثم نحاول تقييمها. ونلفت النظر إلى أن الاتجاهات التقليدية بصدد فكرة الدعوى لا تقدم لنا أى تحليل علمي يحدد لنا المسار الفكرى الذى على هديه توصلت للتعريف الذى اعتنقته.

النظرية الأولى:

يرى فريق من الفقه المجدد أن الدعوى القضائية هى إدعاء قانونى لدى القضاء[1]. والإدعاء القانونى هو عبارة عن تأكيد شخص لحقه أو مركزه القانونى قبل شخص آخر بناء على واقعة أساسية معينة.

ويرى أنصار هذا الرأى أن الدعوى وإن كانت مجرد وسيلة يستخدمها صاحب الحق أو الحائز لحماية حقه أو حيازته وذلك فى نطاق القانون المدنى. فإن هذا ليس هو معناها فى قانون المرافعات. فالدعوى فى هذا الفرع الأخير من فروع القانون هى مجل القضاء الموضوعى أى أنها محل بحث وتحقيق من جانب القاضى يؤكد فى نهايته الحق أو ينفيه. وهذا يعنى حسب منطق هذا الرأى أن من يستخدم الدعوى قد يكون صاحب حق وقد لا يكون. ولا يمكن التأكد من هذا إلا بعد مباشرة الدعوى وتحقيقها.

ثم يتطرق أنصار هذه النظرية بعد هذا العرض إلى محاولة بحث مدى[2] استقلال الدعوى عن الحق الذى تحميه، وهو ما يشغل بصفة أساسية الفقه التقليدى السابق لنا دراسته، فبعد أن استبعد أنصار هذه النظرية فكرة التوحيد بين الحق محل الحماية والدعوى التى تحميه، أى بعد أن خلصوا إلى القول بأن هاتين الفكرتين لا يمكن أن تكونا فكرة واحدة للأسباب السابق لنا ذكرها، تناولوا الرأى القائل بازدواج فكرة

---

(١) وجدى راغب . الموجز فى مبادئ القضاء المدنى ١٩٧٧ ، ص ٩١.

-إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائى الخاص، الجزء الأول،ص١٢٨ وما بعدها.

(٢) وجدى راغب المرجع السابق، ص ١٠١ وما بعدها.

الدعوى وفكرة الحق الموضوعى. بمعنى أن هذين الأمرين هما شيئان مختلفان وينحصر استدلال هذه النظرية فى المقدمات التالية:

حق الدعوى هو سلطة إجرائية ينظمها قانون المرافعات، هذا الحق يتميز عن الحق الموضوعى الذى يحميه والذى يعتبر سلطة موضوعية ينظمها القانون الموضوعى (القانون المدنى مثلا) . ورغم هذا يرى البعض أن هناك رابطة ما تصل الحق أو المركز الموضوعى بالدعوى. فيرى البعض أن هذا الحق هو شرط من شروط قبول الدعوى. ولعل النقد الأساسى الذى وجه إلى هذا الرأى الأخير هو أن حق الدعوى لا يتبع وجودا وعدما الحق الموضوعى، وان قانون المرافعات ينظم حق الدعوى تنظيما مستقلا عن القانون المدنى. ومن جهة أخرى فإن اعتبار وجود الحق الموضوعى شرطا أساسيا لقبول الدعوى يؤدى إلى نتيجة غير منطقية، هذا التناقض ينشأ من واقعة أنه لا يمكن التحقق من شروط الدعوى إلا بعد انقضاء حق الدعوى، وذلك لأنه لا يتأكد وجود الحق الموضوعى للمدعى إلا بالحكم فى موضوع الدعوى. والحكم فى موضوع الدعوى يؤدى إلى زوالها وبناء على ذلك فطوال حياة الدعوى لا يمكن التحقق من توافر شروطها وبالتالى وجود الحق فى الدعوى. فمعرفة وجود أو عدم وجود الحق فى الدعوى لن يكون متيسرا إلا بعد صدور الحكم فى الموضوع ولا شك أن هذه النتيجة الغريبة تتنافى مع المنطق إذ ما فائدة تأكيد حق الدعوى بعد انقضائه[1].

وأخيرا تعرض هذه النظرية لرأى مؤداه أن الدعوى هى سلطة أو مكنة الحصول على حكم فى الموضوع وذلك متى توافرت شروط معينة. هذا هو الرأى الذى يفصل فصلا تاما بين حق الدعوى والحق الموضوعى. ورغم هذا فإن هذا الرأى الأخير يربط حق الدعوى بمسألة قبولها. بمعنى أنه إذا توافرت الشروط التى حددها القانون لقبول الدعوى

---

(١) وجدى راغب، المرجع السابق، ص ١٠٣ وما بعدها.

فإن الحكم يصدر مؤيدا هذا القبول وبالتالى يتأكد الحق فى الدعوى.

قبول الدعوى إذا يختلف عن رفضها، إذ هذا الأخير، أى الرفض يفترض قبول الدعوى شكلا أى وجود حق الدعوى، ولكن لا يوجد الحق الموضوعي. وتنتهى هذه النظرية إلى القول بأن الدعوى فى قانون المرافعات هى عنصر من عناصر القضاء الموضوعى، وهى أداة لتحقيق اليقين القانونى وليست أداة لحماية الحق المدعى [١].

١٤٨- تقدير هذه النظرية:

لا شك أنه يتضح من عرض هذه النظرية الجهد الكبير الذى بذله أنصارها فى سبيل التوصل إلى تحليل أكثر عمقا لفكرة الدعوى القضائية. ورغم هذا الجهد فإننا نوجه بعض الملاحظات إلى هذه النظرية لكى يظهر لنا من خلالها ما لها وما عليها فى نطاق البحث العلمى الجاد.

فمن ناحية، يرصد فى إيجابيات هذه النظرية إنها مجددة، فهى تفصل بين الحق محل الحماية القضائية والدعوى القضائية.

وهى ترى من جهة أخرى، وبناء على هذا الفصل، أن وجود الحق الموضوعى ليس شرطا لقبول الدعوى القضائية .

وبناء على ذلك فهذه النظرية ترى أن فكرة الدعوى ترقى إلى مصاف الحقوق فهى حق مستقل يسمى الحق فى الدعوى. وهذا الحق الأخير هو من الحقوق الوظيفية ، فوظيفته الأساسية هى تحقيق اليقين القانونى. فى كلمة واحدة إذا الدعوى حسب هذه النظرية، هى حق مستقل هدفه تحقيق اليقين القانونى.

وإذا كان هو رصيد الإيجابيات فى هذا الرأىن ففى رصيد الملاحظات الانتقادية يمكننا القول بأن :

---

(١) وجدى راغب، ص ١٠٥.

هذا النظر يخلط خلطا واضحا بين فكرة الدعوى ذاتها ووسيلة استخدامها، ويتبدى ذلك من اعتباره أن الدعوى هى " إدعاء قانونى لدى القضاء" ، فالإدعاء la prètention هو مضمون أو محتوى الطلب القضائى الذى يعتبر الأداة الفنية التى تستخدم بها الدعوى. وتعريف الدعوى بتعريف أدائها يعتبر فى المنطق الصحيح قائم على غير أساس.

ومن جهة ثانية، شغلت هذه النظرية نفسها فى جانب كبير منها بمسألة قبول أو عدم قبول الدعوى، والبحث فى المحددات التى تحكم هذا القبول. حين أن النظر العلمى يرى ضرورة تحديد طبيعة الشئ وبيان عناصره الأساسية المكون قبل البحث فى شروط استخدامه. ومن جهة ثالثة، فإن ما انتهى إليه هذا الرأى من أن الدعوى هى أداة لتحقيق اليقين القانونى وليسا أداة لحماية الحق المدعى به لهو قول شديد الحسم فى مسألة هى بطبيعتها قابلة لإعادة النظر. فأداة تحقيق اليقين القانونى، فى الرأى الذى نقدره الآن، هى بعينها الدعوى القضائية . هذه الدعوى كما تعرضها النظرية محل البحث هى عبارة عن " إدعاء قانونى" يهدف إلى تأكيد شخص لحقه أو مركزه القانونى قبل شخص آخر بناء على واقعة أساسية معينة. ولنا أن نتساءل بحق هل وصول الشخص إلى تأكيد حقه يختلف فى شئ عن حماية الحق. فإذا اتفقنا على أن تأكيد الحق وما يترتب عليه من نتائج يؤدى إلى حماية الحق، كان لنا أن نعيد التساؤل عن فائدة التعريف الذى يقدمه لنا هذا الاتجاه والذى مفاده أن الدعوى هى أداة لتحقيق اليقين القانونى وليست أداة لحماية الحق محل البحث!؟.

وأيا ما كان الأمر ورغم الجهد الذى بذله أنصار هذه النظرية فإن طبيعة الدعوى القضائية ما زال يكتنفها الغموض، وسنحاول باستعراض اتجاه مجدد ثان فى هذا الصدد إلقاء مزيدا من الضوء على طبيعة الدعوى القضائية .

١٤٩ - النظرية الثانية:

تبدأ هذه النظرية مقدماتها الفكرية بتـــأكيد أن الدعـــوى القضائيـــة مستقلة عن الحق الموضوعى الذى تحميه.وتبنى هـــذا الاســـتقلال علـــى أساس أن هذين الموضوعين مختلفان الواحد عن الآخر سببا وموضوعـــا فسبب الدعوى القضائية يختلف عن سبب الحق، وموضوع هذه الدعـــوى يختلف أيضا عن موضوع الحق(١). فسبب الحق فى الواقعة القانونيـــة أو التصرف القانونى، أما سبب الدعوى فهو مجموع العوامل التى أدت إلـــى تحريك الدعوى من حالة السكون إلى حالة الحركة(٢). وموضوع الحـــق يختلف بحسب ما إذا كان حقا عينيا أو حقا شخصيا على مـــا ســـبق لنـــا عرضه، أما موضوع الدعوى فهو الحصول على الحماية القضائية(٣).

وبعد أن استبعد هذا الاتجاه فكرة التوحيد بين الحق محل الحمايـــة والدعوى القضائية ، استقر أنصاره على اعتبار الدعوى القضائيـــة هـــى الحق فى الحصول على الحماية القضائية.

فالحق فى الدعوى هو حق محدد شخص قبل آخر، مضمون هـــذا الحق هو التوصل إلى تطبيق القانون فى الحالة المحددة ومنـــح المدعـــى الحماية القضائية.

ومن جهة أخرى يرى هذا النظر أن هذا الحل هو الذى يتفق مـــع اعتبار الدعوى وسيلة الحماية القضائية. فإلغاء حق القصاص الخـــاص لا يمكن أن يحل محله تنظيم قانونى للخصومة يكفل للخصم مجرد عـــرض إدعاءه. وإنما يقوم مقامه تحقيق الحماية القانونية التى كان يحصل عليها

---

(١) فتحى والى، المرجع السابق، ص ٥٤ .

(٢) راجع رسالتنا للدكتوراه فى سبب الطلـــب القضـــائى ١٩٧٧، ص ٢٣٠ باللغـــة الفرنسية.

(٣) راجع مؤلفنا فى سبب الطلب القضائى أمام محكمة الاســـتئناف ص ٢٥٠ ومـــا بعدها ، منشأة المعارف ١٩٧٨ ، الطبعة الأولى.

الشخص بنفسه فى ظل نظام القصاص الخاص.

وهذا الحل، الذى يصور الدعوى بأنها وسيلة منح الحماية القضائية يحقق، حسب هذا الرأى، الوصل بين الدعوى والحق الموضوعى.

فاعتبار الدعوى وسيلة لمنح الحماية القضائية للحق أو المركز القانونى هو وحده، حسب هذه النظرية، الذى يحقق الصلة بين الدعوى والحق الموضوعى، فلا يمكن تجريد الدعوى تجريدا كاملا والنظر إليها باعتبارها مركزا قانونيا إجرائيا، فالحق فى الدعوى هو مركز موضوعى هدفه الحصول على حماية حق أو مركز قانونى موضوعى(١).

ويستند هذا الاتجاه فى تدعيم رأيه على نصوص القانون الرومانى. ففى هذا القانون الأخير كان يقصد باصطلاح دعوى الوسيلة التى يحصل بها الشخص على إشباع مصلحته فى الشكل الذى ينص عليه القانون بواسطة القضاء. ومن هنا كان الشخص الذى يملك الدعوى هو الشخص الذى له حقا فى الحصول على حكم قضائى لصالحه(٢).

١٥٠- تقدير هذه النظرية:

لعل النقد الأساسى الذى وجه إلى هذه النظرية هو القول بأنها تعلق وجود الدعوى على نتيجة الحكم فيها. فبما أن الدعوى القضائية هى الحق فى الحصول على الحماية القضائية، من البديهى أننا لا نستطيع التأكد من محل هذه الحماية القضائية أى الحق الذى تحميه هذه الدعوى إلا بعد صدور الحكم فيها وبالتالى فطوال قيام الدعوى لا يمكن التحقق من توافر شروطها وإنما يتم ذلك بعد الفصل فيها أى بعد انقضائها وتلك نتيجة غير منطقية(٣).

---

(١) فتحى والى، المرجع السابق، ص ٥١.

(٢) فتحى والى، ص ٥١.

(٣) وجدى راغب، المرجع السابق، ص ١٠٢ ، إبراهيم سعد، المرجع السابق ،ص ١٢٨.

والواقع أن حرص هذه النظرية على إبقاء همزة الوصل قائمة بين الحق محل الحماية وبين الدعوى وسيلة هذه الحماية هو الذى عرضها لمثل هذا النقد. فحق الحصول على الحماية القضائية له كمدرك أولى محل أو موضوع لهذه الحماية القضائية. هذا المحل أو الموضوع هو الحق أو المركز القانونى. وبالتالى لن نعرف من هو صاحب الحق فى الدعوى إلا بعد الحصول فعلا على الحماية القضائية وبالتالى وحسب النقد الذى وجه إلى هذه النظرية فإننا نظل فى حالة شك حتى يصدر الحكم النهائى فى الدعوى وبالتالى نستطيع أن نعرف من هو صاحب الحق فى الدعوى[1].

وفى رأينا أن هذا النقد يتوجه من ناحية إلى مسألة معرفة من هو صاحب الحق فى الدعوى من جهة، ومسألة شرط قبول الدعوى من جهة أخرى. فيما يتعلق بمن هو صاحب الحق فى الدعوى فقد سبق لنا معالجتها. وفيما يتعلق بشروط قبول الدعوى بمن هو صاحب الحق فى الدعوى فقد سبق لنا معالجتها. وفيما يتعلق بشروط قبول الدعوى قبول الدعوى فقد سبق لنا القول أن البحث فى هذا الأمر هو بحث تالى لتحديد طبيعة الدعوى القضائية . وايا ما كان الأمر فإن هذه النظرية التى ترى فى الدعوى القضائية حق الحصول على الحماية القضائية، هذه النظرية لا تقدم لنا تحليلا مشبعا لرغبتنا فى الوصول إلى تحليل أكثر عمقا لطبيعة هذه الدعوى.

١٥١- محاولة للبحث عن تحليل أكثر ملائمة لطبيعة الدعوى القضائية:

من كل ما تقدم يتضح لنا حيرة الفقه القديم والجديد إزاء تحليل وتحديد طبيعة الدعوى القضائية. كل رأى من الآراء السابق لنا استعراضها له وجاهته من جانب ويوجه إليه انتقادات من جانب آخر .

---

(١) عبد المنعم جبره. مبادئ المرافعات ١٩٧٦،ص ٢٠٩ .

الكل حاول المساهمة بقدر الإمكان فى تحديد طبيعة الدعوى القضائيـــــة. فتناولها البعض من زاوية تختلف عن الزاوية التى منـــها بـــدا البعـــض الآخر. وكان المركز الذى تتصارع حوله الآراء المختلفة واضحـــا كـــل الوضوح فى الصورة التالية: هل الدعوى تكون شيئا مختلفا عـــن الحـــق الذى تحميه، وهل هناك صلة بين هذين الأمرين. جميع وجهات النظـــر تناولت هذا الموضوع. كل هذا دون أن نصادف جهدا مبتكرا يحـــاول أن يخترق غياهب فكرة الدعوى بالتحليل والتأصيل لكى يشيد منها نظريـــة متكاملة شبيهة بنظرية الالتزامات فى القانون المدنى. ولا لوم فـــى هـــذا يوجه إلى المشرع أو إلى القضاء. فهما يعملان فى نطاقات مختلفـــة وإن كانت مكملة لعمل الفقه. وإنما اللوم كله يوجه إلى الفقيه الذى ترك حتـــى الآن قانون المرافعات بلا عمود فقرى أى بلا تأصيل وتنظـــير لنظريـــة الدعوى[1].

وسوف نحاول فيما يلى أن نخرج عن النطاق التقليدى الذى حصـــر الفقه فيه نفسه قرنا من الزمان، بمعنى أننا سوف نترك البحث عن الصلـــة بين الدعوى القضائية والحق محل الحماية القضائية، وذلك لكـــى ننقـــل البحث إلى نطاق مختلف كل الاختلاف عما سبق، كل هذا بهدف البحـــث عن الطبيعة القانونية لفكرة الدعوى القضائية ثم محاولة تعريفها وتحديـــد شروط قبولها وآثارها كل هذا فى الواقع يكون محكوما بتحديد الطبيعـــة التى تكرس لنظرية الدعوى.

من المعروف فى فلسفة القانون، أن القاعدة القانونية تتكـــون مـــن عنصرين ، العنصر الأول هو عنصر المفـــترض La prèsupposition أى مجموع العناصر المكونة لنموذج معيـــن، لمـــا يمكـــن أن تطرحـــه المعطيات المختلفة ، اجتماعية أو اقتصادية أو تاريخية أو فكرية أو نفسية أو سياسية فى مجتمع ما، هذا المفترض يتخيله المشرع انعكاسا لإحساســه

---

(١) vizioz . Etudes de procèdure . 1956.p. 1 et s.

الاجتماعى فى الزمان والمكان ولما يمكن أن يحدث فى بيئته التى يضـــع التشريع من أجلها. هذا المفترض يكون القالب النموذجىle , l'exemple moule لما يحتمل حدوثه فى مجتمع ما فى زمان ما.

ثم فى ذات القاعدة القانونية، يترب المشرع إلى جانب المفـــترض أثرا قانونيا L'effet juridique هذا الأثر القانونى يتحقق ويكون واجـــب الأعمال- بواسطة القاضى- إذا ما تحقق فى الحياة الواقعيـــة المفـــترض القانونى الذى أفرغه المشرع فى القاعدة القانونية. وبمعنى آخر إذا حـدث بين الأفراد فى مكان وزمان ما خلاف بصدد أعمال القـــاعدة القانونيـــة، وبما أن الانتقام الفرادى أصبح غير معمولا به فى الدول الحديثة، وبما أن الدولة قد شيدت مرفق القضاء لحسم منازعات الأفراد، فبمجـــرد نشـــوء النزاع يذهب به الأفراد إلى القاضى. هذا الأخير يجرى عملية التطـــابق أولا بين مجموع العناصر الواقعية الخام، التى لم توصف بعد بأى وصف قانونى، وبين النموذج التشريعى الموجود من قبل فى حالة سكون داخـــل مفـــترض القـــاعدة القانونيـــة. فـــإذا وجـــد أن هنـــاك تطـــابق كـــامل Correspondence parfaite بين ما يوجد فى الحياة العمليـــة الواقعيـــة، وبين مفترض القاعدة القانونية، يكون بهذا قد أعمال التكييف القـــانونى، ويكون قد أتم جزء من عمله. فإذا استقام له الأمر على هذا النحو، فـــإن الأثر القانونى الموجود فى ذات القاعدة القانونية يكون واجـــب الإعمـــال وبالتالى يكون القاضى قد قام بإعمال القانون[1]. ولنا أن نتساءل عن مكان الدعوى القضائية من هذا التحليل ؟ .

فى تحليلنا السابق للقاعدة القانونية، كنا نقصد بذلك القاعدة القانونية بصفة عامة أيا كان مكانها، وايا كان موضوعـــها، فـــالقواعد القانونيـــة

---

(١) Motulsky : Rèalisation Mèthodique du droit privè Lyon. 1948 34 et s.

Perrot : L'influence de la technique juridique sur les buts des institutions . Thèse, Paris 1947. P. 12 .

المقررة للحقوق تدخل بدون شك فى هذا التحليل. وبالتالى وبالنظر إلـــى جوهر القاعدة القانونية من الناحية الهيكلية Structurale فإننا نكتشف كما سبق القول وجود المفترض من ناحية والأثر القانونى أو الأمر القـــانونى l'mpèratif juridique من الناحية الأخرى. ولا يتصور خلـو القــاعدة القانونية من هذين العنصرين فهما متلازمان تلازما حتميا. وإنما قد يوجد المفترض أحيانا فى قاعدة قانونية، ويوجد الأثر القانونى فى قاعدة أخـرى وهذا لا يخل بأى شكل بالتحليل السابق لنا عرضه.

١٥٢- ونعود مرة ثانية للتساؤل عن مكان الدعوى القضائيـــة من هذا التحليل؟

سبق لنا القول بأن ذى المصلحة فى حالة نشوب نزاع مـــا يحمـل مجموع الوقائع ويذهب بها إلى القاضى لكى يقول كلمة القانون.

ولكن ما هى الوسيلة التى يهذ بها ذى المصلحة إلـــى القضـــاء؟ لا شك أن هذه الوسيلة لا توجد فى هيكل القاعدة القانونية التى سوف نقـــرر لهذا الشخص الأثر القانونى الذى يرجوه. فالأثر القانونى هـــو الحمايـــة القانونية لمفترض القاعدة القانونية. أما الحماية القضائية التـــى تحركـــها الوسيلة التى يطرح بها النزاع على القضاء فتوجد فـــى قـــاعدة قانونيـــة أخرى. ولكن ما هى هذه القاعدة القانونية الأخـــرى؟ ولمـــاذا لا توجـــد الوسيلة التى يطرح بها النزاع أى الدعوى القضائية داخل إطار القـــاعدة المقررة للحق المطلوب حمايته؟

يرى بعض الفقه الفرنسى أن الدعوى القضائية هى حق Un droit ومضمون هذا الحق هو الحصول على قرار قضـــائى يحسـم موضـــوع الإدعاء. والدعوى مفهومة هكذا تهدف إلى إدخال النزاع تحـت سـيطرة القاضى أى عرض النزاع أمام السلطة القضائية لكى تصدر فيـــه حكمـــا حائزا لحجية الشئ المقضى به. ومن جهة أخرى تهدف الدعوى القضائية إلى إجبار القاضى على أن يقوم بالحكم أى على أن يفصل بقرار قضـــائى

فى النزاع المعروض عليه.وإذا كان القــاضى قــد اختــص اختصاصــا صحيحا بنظر النزاع بحكم قضائى وإلا عد منكرا للعدالة مما يؤدى إلــى مؤاخذته جنائيا ومدنيا(١).

وفى النهاية يرى هذا الفقيه، وهذا هــو مــا يــهمنا علــى وجــه الخصوص،أن الدعوى القضائية l'action en justice تبدو كحق شخصى موجه إلى القاضىun droit subjectif dirigè contre le juge(٢).

ولكى يميز هذا الفقه بين الدعوى كحق شخصى مستقل عن الحــق المطلوب حمايته فإنه يرى أن الحق فى الدعوى يمكن النظر إليه كســلطة pouvoir أعمال القاعدة القانونية التى تأمر القاضى، لصالح الخصم، بأن يقضى بأن يقول القانون فيما يتعلق بالإدعاء المطروح أمام القــاضى(٣)، كل هذا بطبيعة الحال إذا توافرت الشروط التى وضعها القانون لكى يقـوم القاضى بأداء وظيفته.

ويرى هذا الفقيه أن الحق فى الدعوى له صاحب هــو المدعــىla plaideur وله طرف سلبى un sjet passif هوالمدعى عليــه بصــورة مبتدأة لأن مركز هذا الأخير يتغــير مــع تقــدم إجــراءات الخصومــة وتطورها.

وأخيرا، يرى هذا الاتجاه أن الحق فى الدعوى هــو مــن طبيعــة إجرائية بحتة Ce droit a une nature purement processuelle(٤). فهذا الحق يخص كلا من المتقاضين بغض النظر عن مركزه الإجرائى .

---

(١) Poerre Robino .Droit judiciaire privè .Bardeaux 1976 . Play p. 60 et s.

(٢) المرجع السابق ، ص ٦٥ . Robino

(٣) المرجع السابق،ص ٦٦. Robino

(٤) المرجع السابق، ص ٦٧. Robino

ومن جهة أخرى يرى فريق من الفقه الفرنسي، تأييدا للاتجاه الذى يرى فى الدعوى القضائية حقا مستقلا عن الحق الذى تحميه، أن الدعوى لا تتوحد أى لا تختلط بالحق محل الحماية، فالدعوى تعتبر حسب هذا الرأى حق شخصى مستقل un droit subjectif autonome متميز عن الحق الموضوعى le droit substantiel الذى تحميه(١).

وينتقد هذا الرأى الرأى السابق الذى يرى أن الطرف السلبى للدعوى هو المدعى عليه ولو بصورة مبتدأة، والقاضى أو الدولة. فالمدعى عليه لا يعد طرف سلبى إلا فى لحظة ساكنة وقبل وصول إعلان الدعوى إلى علمه. فبمجرد وصول هذا الإعلان وقيام المعلن إليه باتخاذ إجراء ما تحول إلى طرف إيجابى هذا من ناحية القانون الإجرائى. أما من الناحية المنطقية والقانونية فهذا المدعى عليه ابتدأ لا يقع عليه أى التزام بالحضور، أو بالدفاع عن نفسه، وأكثر من هذا فهناك دعاوى لا يوجد فيها مدعى عليه، مثل الطعن لمصلحة القانون. هذه الصعوبة التى تشير إليها هذه النظرية بصدد تحديد الطرف السلبى فى الدعوى لإمكان اعتبارها حقا هى التى تواجه الفقه المعاصر الآن. وسوف نعود إلى هذه النقطة فيما بعد.

١٥٣- وبصدور قانون المرافعات الفرنسي الجديد سنة ١٩٧٦ نصت المادة ٣٠ منه، ولأول مرة فى تاريخ قانون المرافعات الفرنسى، على تحديد تشريعى للدعوى القضائية، فالدعوى، حسب هذا النص، هى حق مقدم الإدعاء فى أن يسمع إدعائه من حيث الموضوع لكى يتمكن القاضى من تحديد ما إذا كان هذا الإدعاء مؤسس أو غير مؤسس. وبالنسبة للخصم فالدعوى هى الحق فى مناقشة اساس الإدعاء المطروح أمام القضاء. ونص هذه المادة باللغة الفرنسية يسير على النحو التالى:

---

(١) J. Vinant . Procèdure . Civile . 1976 .p. 35.

L'action est le droit . Pour l'auteur d'une prétention. dtre cntendue sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fonde Pour l'adversaire . l'action est le droit de discuter le bien –fond de cette prtention.

هذا النص يتميز، بالإضافة إلى أنه جدير فى نوعه، بـــالوضوح . فهو يشمل جميع الأشخاص الذين من الممكن تصور وجودهم داخل رابطة الخصومة المدنية من مدعى ومدعى عليه ومتدخل ومدخل ومســتأنف أو مستأنف عليه.

ومع هذا يتوجه النقد كما سبق القول إلى اعتبار الدعـــوى بمثابــة حق، ومناط النقد هو صعوبة تحديد أطراف رابطة هذا الحق كما ســبق البيان.

ومن جهة أخرى ينتقد البعض هذا النص من ناحية أنه قصر الحـق فى الدعوى على طرح وحسم موضوع النزاع ذاته، بينما من المعـــروف أن جانب كبير من المنازعات يثور ويحسم بمناســبة حســم الموضـــوع الأصلى للنزاع وقبل حسم هذا الأخير.

وينتهى هذا الرأى إلى القول بأنه من الأفضـــل اعتبـــار الدعـــوى القضائية بمثابة سلطة قانونيةPouvoir légal تسمح لممثلى السلطة العامة (القضاة) ، وللأفراد بالالتجاء إلى القضاء بهدف الحصول على احـــترام القانون. ويحددون صفات هذه السلطة بأنها غير شخصية. Impersonnel وموضوعية objectif، ودائمة permanent(١).

وبالنسبة لنا واستكمالا لما سبق ، فقد عرضنـــا الصعوبـــات التـــى تعترض إمكانية اعتبار المدعى عليه طرفا سلبيا فيما يتعلـــق بالنظريـــة القائلة بأن الحق فى الدعوى من أطرافه المدعى عليه. وبالنسبة للقـــاضى

---

(١) J.Vincent .op. cit . lac. Cit .

فلا يتصور إمكانية اعتباره طرفا فى الرابطة القانونية الناشئة عن الحــق فى الدعوى. وعدم اعتبار القاضى طرفا فى هذه الرابطة ناشئ من واقعة انتفاء أى رابطة تربط بينه من جهة وبين أيا من أطراف هذا الحق مــن جهة ثانية[1].

وهناك نظريات متعددة تثبت استحالة إمكانية اعتبار القاضى طرفــاً فى رابطة حق الدعوى، فالقاضى موظف عام، ملزم بحكم طبيعة وظيفتــه بأن يقول القانون، والقاضى بالنسبة للحق فى الدعوى يعتبر خارجا عــن نطاق هذا الحق، وهو يقتصر على إعمال القانون إذا ما رفعت الدعــوى أمامه. فالدعوى هي التى تحرك النشاط القضائى للقاضى دون أن يكــون هذا الأخير عنصراً من عناصرها[2].

وفى محاولتنا الحالية التى نبحث فيها عن تحليل لطبيعة الدعــوى القضائية فإننا نستطيع القول أنه بالأخذ فى الاعتبار لتحليلنا السابق للقاعدة القانونية من جهة، وبالنظر إلى القاعدة الإجرائية المنظمة لحق الشــخص فى الالتجاء إلى القضاء فإننا نستطيع القول بأن هناك نوع مــن الحقــوق يسمى بالحقوق الإدارية Droits potestatifs هذه الحقوق تخول لصاحبها سلطة إحداث آثار قانونية بمحض إرادته ما دام هذا يوافق إرادة القانون.

الجمع بين القاعدة القانونية المقررة للحقوق من جهة واعتبار الحـق فى الدعوى هو حق إدارى من جهة ثانية يساعدنا فــى شــرح طبيعــة الدعوى القضائية. فصاحب الحق إذا اعتدى على حقه وأراد الالتجاء إلــى القضاء لكى يحصل على الحماية القانونية لحقه والمقررة من قبل فى ذات القاعدة القانونية التى قررت هذا الحق فى مفترضها لابد له من اســتخدام وسيلة إجرائية أى أداة إجرائية . هذه الأداة توجد تحت تصــرف جميــع الأشــخــاص حتى من قبل أن يتقرر لهم بواسطة القضاء وجود أو عدم

---

(١) إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٢٩.

(٢) إبراهيم سعد ، المرجع السابق، ص ١٢٩.

وجود الحق الذى يدعونه.

هذه الأداة الإجرائية، خلقها المشرع حين حرم الالتجاء إلى القصاص الخاص. خلق المشرع هذه الأداة وخول للكافة عليها حقا إراديا يجد مصدره فى القانون الإجرائى. فهذا القانون الأخير ينظم مجموعة من الإجراءات ابتداء ويضعها تحت تصرف الأفراد فى المجتمع الحديث. ومن يريد الالتجاء إلى القضاء يستخدم حقا منظما من قبل المشرع. هذا الاستخدام يتوقف على إعلان إدراى من جانب ذى المصلحة.

بهذا الإعلان يكون الشخص قد استخدم حقا إراديا ذو طبيعة إجرائية. هذه الطبيعة الإجرائية تسيل من واقعة أن هذا الحق تنظمه وتحكم آثاره القاعدة الإجرائية بغض النظر عن وجود حق موضوعى أو عدم وجوده. وبصدور هذا الإعلان الإرادى يكون الحق فى الدعوى قد تم استخدامه. وبقيام الطرف الموجه إليه هذا الإعلان الإرادى باستعمال حقه فى الدعوى هو أيضا تكتمل الصور ويكون كلا من الخصوم قد استعمل حقه فى الدعوى، وهو كما سبق القول حقا من الحقوق الإراديةDroit potestatif .

ولا شك أن الصلة بين الحق فى الدعوى والحق الموضوعى موجودة، هذا الوجود يجب تقديره فى لحظتين من الزمان. اللحظة الأولى لحظة الإعلان الإرادى الأول الصادر من شخص استعمالا لحقه الإرادى الإجرائى فى الدعوى، وهنا لا يشترط وجود ارتباط وثيق بين الحق فى الدعوى والحق محل الحماية القضائية. واللحظة الثانية لحظة صدور الحكم فى إدعاء الخصوم. فهنا يظهر الارتباط الوثيق بين الحقين. فإذا لم يوجد أى حق موضوعى فلا يوجد بالتالى للشخص محل الاعتبار أى حق إرادى فى الدعوى. أما إذا كان من باشر الدعوى هو نفسه من تقرر له القاعدة الموضوعية حقا موضوعيا كان صاحب الحق فى الدعوى هو صاحب الحق الموضوعى.

١٥٤-خلاصة القول إذا هى أن الحق فى الدعوى هو حقا إراديـــا يوجد فى مفترض القاعدة القانونية الإجرائية. هذا المفترض الإجرائى la présupposition يخول لكل شخص أيا كان مركزه مكنة الالتجـــاء إلـــى القضاء لعرض مزاعمه أمامه. وهنا نستطيع القول أن مفترض القـــاعدة الإجرائية المقررة للحق فى الدعوى لا شأن له بالقاعدة القانونية المقـــررة للحق الموضوعى le droit substantiel . فإذا ما قبلت الدعوى وصـــدر الحكم الحاسم للنزاع أمكن القول بأن الأثر القانونى للقاعدة الإجرائيـــة أو l'impératif juridique l'effet juridique يعتبر فى هذه الحالة مؤيـــداً ومدعما للقاعدة القانونية الموضوعية التى تعالج أصل الحق.

فالأثر القانونى للقاعدة الإجرائية بعد صدور الحكم الحاسم للـــنزاع يريد أن يقول لنا هذا الشخص الذى استعمل الحق فى الدعوى هو فعـــلاً صاحب الحق فيها، بالنظر لأن قواعد القانون الموضوعى تقرر أنه هـــو نفسه صاحب الحق محل الحماية القضائية. وبناء على ذلك تترتب العديـــد من الآثار القانونية التى تتولد من ممارسة الحق فى الدعوى. هذه الآثـــار قد تترتب قبل صدور الحكم المقرر للحق الموضوعى وتجد مصدرها فـــى القانون الموضوعى. وهناك آثار أخرى تترتب بعد صدور الحكم وتجـــد مصدرها فى القانون الموضوعى والقانون الإجرائى معاً.

وهكذا فبتحليل القاعدة القانونية الموضوعية والقـــاعدة الإجرائيـــة يمكن التوصل إلى معرفة طبيعة الدعاوى القضائية. ولا شك فى أن هـــذا التحليل يحتاج إلى بحث أكثر سعة وأكثر عمقاً وهو ما يخرج عن نطـــاق هذا المؤلف لكى يجد مكاناً، ربما، فى أبحاث أخرى.

والحق فى الدعوى، فى النهاية، باعتباره حقا إراديا يفسر لنا إمكانية القول بأن أى شخص يستطيع اللجوء إلى القضاء لكى يسمع إدعائه حتـــى ولو لم يكن صاحب حق موضوعى لأن مفترض القاعدة الإجرائية يخـــول له هذا الحق. وفى لحظة تالية لن يتأكد المركز القانونى للشـــخص الـــذى يباشر الدعوى وما إذا كان له حق فى الدعوى أملا إلا بصـــدور الحكـــم

الذى يقرر له حقه الموضوعى هنا وحسب حكم القاعدة الإجرائية يحدث التطابق بين صاحب الحق فى الدعوى وصاحب الحق الموضوعى.

وننتقل الآن إلى تمييز الدعوى القضائية عما قد يختلط بها من أفكار

الفرع الثانى

فى تمييز الدعوى عما قد يختلط بها من أفكار أخرى

La distinction entre la notion de l'action en justice et les autres notions voisines .

١٥٥- بمناسبة تحليل فكرة الدعوى سبق لنا استعراض العلاقة التى يتصور وجودها بين الدعوى بالتعريف والتحليل السابق لنا إبداؤه وبين الطلب القضائى والحق الموضوعى. يهمنا الآن تعميق البحث فيما يتعلق بالصلة بين الدعوى والحق محل الحماية من جهة وهذا ما نتناوله الآن.

ثم نميز بسرعة بين الحق فى الدعوى والخصومة القضائية فى دراسة ثانية، وسوف نزيد هذا البحث عمقا فى الفصل المكرس لدراسة النظرية العامة للخصومة القضائية.

ثم ندرس ثالثا خصائص الدعوى القضائية .

١-فى التمييز بين الدعوى والحق محل الحماية القضائية[1] "L'action en justice et le droit substantial"..

---

(1) J.Larguier. Procédure Civile , 6 em. Éd. 1976
C.Giverdon. La procédure devant les tribunaux de grande instance. 1977 .
Carnu et Foyer. Op. Cit. Loc. Cit.
J.Vincent .op. cit . loc. Cit.
Motulsky .op. cit. Loc. Cit.
Bobion op. Cit. Loc. Cit.

-أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ص ١٣٠.
-أحمد مسلم، المرجع السابق، ص ٣٠٨.=

١٥٦-سبق لنا الإشارة إلى أن النظريات الشارحة لفكرة الدعوى القضائية والتى تربطها بفكرة الحق محل الحماية القضائية. ونحاول الآن بعد انتهينا من القول بأن الدعوى القضائية هى حق مستقل ، له طبيعة إجرائية ، ويوجد فى مصدره المتمثل فى القاعدة الإجرائية. هذه القاعدة تقرر فى مفترضها هذا الحق للكافة ودون اعتداد بوجود الحق الموضوعى وذلك فى زمن أولى. حتى إذا ما استقام الأمر وتقرر الحق لصاحبه تحرك الأثر القانونى الموجود فى القاعدة الإجرائية لكى يعلن أن صاحب الحق هو فعلا صاحب الحق الإرادى فى الدعوى وذلك فى زمان تالى، كل هذا تم استعراضه فى المبحث السابق. وبحثنا الحالى ما هو إلا تدعيم للخلاصة التى توصلنا إليها من المبحث السابق دون أن ندع أية فرصة لتكرار لا معنى له.

نترك جانبا إذا النظريات القائلة بأن الدعوى هى الحق نفسه فى طور الحركة متجها إلى القضاء. ثم نترك أيضا النظريات القائلة بأن الدعوى هى عنصر من عناصر الحق. ونعالج فقط بعض المظاهر التى تميز الحق فى الدعوى عن الحق محل الحماية القضائية. هذه المظاهر يمكن تناولها من خلال استعراض بعض الحالات التى توجد فيها دعوى قضائية دون حق موضوعى محل حماية من جهة، ثم استعراض الحالات التى توجد بها حقوق موضوعية ليس لها دعوى قضائية تحميها.

١٥٧- أولا: الحالات التى توجد فيها الدعوى القضائية دون حق موضوعى:

تعرف لغة القانون الفنية ما يسمى بقضاء المنازعات الموضوعى le contentieux objectif الذى فيه لا يثور البحث عن وجود أو انقضاء

= -إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٣٠.

- وجدى راغب. المرجع السابق، ص ٩٤.

-فتحى والى. المرجع السابق، ص ٥٤ وما بعدها.

حق شخصى للمدعى le demandeur وهذا النوع من القضاء يوجد فـــى مجال القانون الجنـــائى le contentieux répressif وفـــى المنازعـــات الإدارية الخاصة بتجاوز الســـلطة le contentieux administratif de l'exces de pouvoir. فالنيابة العامة فيما يتعلق بالقضايا الجنائية تـــهدف إلى مجرد إعمال القانون الجنائى ولا ترمى بنشاطها إلى محاولة الحصول من القضاء على اعتراف أو تقرير حق شخصى سواء لها أو للمجتمـــع أو للدولة. هنا لا يوجد أى حق ورغم ذلك توجد الدعوى. كذا الحـــال فـــى مجال المنازعات الإدارية الخاصة بالانحراف بالسلطة. وإذا تركنا جانبـــا مجال القانون الجنائى والقانون الإدارى وانتقلنا إلى مجال القانون الخاص فمن الممكن أيضا مصادفة دعاوى قضائية لا ترمى إطلاقا إلى محاولـــة الحصول على الاعتراف بوجود حق موضوعـــى droit substantiel أو الاعتراف بانقضائه.

وفى الحالات التى توجد فيها دعوى قضائيـــة دون وجـــود حـــق موضوعى يتأكد تحليلنا السابق الإشارة إليه. هذا التحليـــل يقـــول بـــأن الحالات التى توجد فيها الدعوى دون وجود الحق مـــا هـــو إلا إعمـــال لمفترض القاعدة الإجرائية المقررة حق كل فرد فى الالتجاء إلى القضـــاء لطرح مزاعمه عليه وذلك فى زمن أول وقبل صـــدور الحكـــم الحاســـم للنزاع.

وعلى ذلك فمن أمثلة قضاء المنازعات الموضوعى الـــذى يعرفـــه القانون الخاص، والذى فيه توجد دعاوى قضائية دون أو يوجد فى نفـــس اللحظة حق شخصى مطلوب حمايته قضائياء الدعوى التى يرفعها أحـــد الأقارب بهدف توقيع الحجر على القريب الذى يقوم فيه سبب من الأسباب التى يحددها القانون لتوقيع الحجر. وتفصيل ذلك وتدليـــلا علـــى وجـــود الدعوى دون وجود الحق الشخصى هو أن القريب الذى يقدم طلب الحجر

لا يدعى أمام القضاء مسألة وجود أو انقضاء حق شخصى[1]. وحتى فى النطاق المدنى ففى الحالات التى تكون النيابة العامة طرفا فيها، سواء كانت طرفا أصليا أو طرفا منضما فهنا نكون بصدد قضاء منازعات موضوعى، فيه لا تدعى النيابة أى حق شخصى لها أو للدولة سواء من ناحية الاعتراف بهذا الحق، وجودا أو انعداما. مثال هذا طلب النيابة بطلان زواج لوجود سبب من أسباب البطلان . ومن هنا يثور التساؤل عن مدى صحة القاعدة الشهيرة التى ظل ويظل الفقه القديم والحديث يرددها حتى يومنا هذا والتى تقول " لا دعوى بلا حق" أو "pas d'action sans droit" أو " pas de droit pas d'action" وحتى فى نطاق منازعات الحقوق الشخصية le contentieux subjectif فإننا نستطيع القول، بناء على تحليلنا السابق لطبيعة الدعوى القضائية، بأن التلازم، الذى يقول به البعض، بين الحق الشخصى والدعوى القضائية هو تلازم ضعيف الأساس . وهذا الضعف ينشأ من أن الطلب القضائى الذى تمارس به الدعوى القضائية قد يكون مقبولا رغم أن الخصم قد وجه إليه دفعا بعدم القبول أو دفعا موضوعيا بعدم وجود الحق، فعنا يتحقق ما قلناه بأن الحق فى الدعوى عند النظر إليه فى لحظة أولى وبالأخذ فى الاعتبار مفترض القاعدة القانونية الإجرائية التى تقرر الحق فى الدعوى بصفة مجردة ولكل شخص. كل هذا يؤدى بنا إلى القول بانفصال فكرة الدعوى عن فكرة الحق محل الحماية القضائية. كل هذا قبل أن يصدر القاضى حكمه وبالتالى قبل إعمال الأثر القانونى الموجود داخل القاعدة الإجرائية.

ومن هنا تتداعى النتائج، فوجود الحق الموضوعىMatériel au substantielهو شرط لنجاح المدعى فى دعواه ، وليس إطلاقا شرطا لقبول الدعوى la recevabilité فالشخص الذى يخسر دعواه، قد لا يكون صاحب حق، ولكنه فى جميع الأحوال وبصفة مجردة صاحب دعوى أى صاحب حق إجرائى إرادى، يسمى الحق فى الدعوى.

---

(١) Cornu et Foyer. Op. Cit. Loc. Cit. P. 273 .

كل هذا يحتم علينا ضرورة الأخذ فى الاعتبار القـــاعدة القانونيـــة الإجرائية من ناحية مفترضها فى زمن أول en premier temps وهنا لا يوجد وصل ضرورى بين الحق الشخصى والحق فى الدعوى. ثم ، فـــى مرحلة ثانية en second temps وبعد صدور الحكم الموضوعى وبالتالى ونظرا لأعمال أثر القاعدة الأولى يتحقق لنا أن من استعمل الدعوى هـــو بصفة نهائية صاحب الحق فيها وبالتالى يتعين علينا التمييز بين الزمـــان فى سريانه والدعوى فى مراحلها المختلفة ونشاط القاضى فـــى البدايـــة والنهاية.

١٥٨- ثانيا: الحقوق التى ليس لها دعاوى تحميها:

بصدد هذه الطائفة من الحقوق التى جرى الشراح على القول بأنـــها حقوق بلا دعاوى، أى لا توجد دعاوى قانونية تحميها يهمنا الاســـتطراد بعض الشئ لكى نحاول إعادة طرح القديم من الأفكار تحت منظار جديـــد يحاول هتك أستار غموضه لإبراز ما قد يوجد فيه من صواب أو خطـــأ. يضرب الفقه التقليدى مثاله الشهير للتدليل على وجود حق دون دعـــوى تحميه بالقول بأن الالتزامات الطبيعية ليست لها دعاوى قضائية تحميـــها، وأيضا الالتزامات المضافة إلى أجل ليست لها دعوى قضائية تحميها.

الالتزام الطبيعى(١)، معناه، فى صحيح النظر، أنه إذا كان الالـــتزام المدنى يتكون من عنصرين، الأول هو عنصر المديونيـــة والثـــانى هـــو عنصر المسئولية. فإذا اختلف المدين عن الوفاء بمديونيته تحرك عنصـــر المسئولية عن طريق الدعوى القضائية لكى يصل الدائن بيد الدولة، متمثلة فى نشاط عاملها القضائى(القاضى)، إلى إعمال عنصر المسئولية، ولكـــن قد يحدث طارئ يعطل عنصر المسئولية عن النشاط والعمل، هذا الطارئ

---

(١) فتحى والى، التنفيذ الجبرى ١٩٧١، ص ١ وما بعدها.
-عبد المنعم البدراوى، أثر مضى المدة فى الالتزام، رسالة. القاهرة ١٩٥٠ ، ص ٢٠ وما بعدها.

قد يكون عامل الزمان، فقد يحدث تقادم مسقط مثلا، هذا التقادم لا يـــهدر عنصر المسئولية وإنما يجعله عاجزا عــن النشــاط والعمــل. فالقــانون يفترض فى مثل هذه الأحوال ولاعتبارات متعددة أنه من الخير الإبقــــاء على عدم فعالية عنصر المسئولية.

والنتيجة المنطقية لهذا التحليل هو عدم فعالية الوسيلة الفنية التـــى تحرك عنصر المسئولية هذا أى الدعوى القضائية.

ففى الالتزام الطبيعى إذا الدعوى توجد فى مفترض القاعدة القانونية الإجرائية ولكنها غير فعالة. الدعوى توجد ومظهر هذا الوجود يظهر فــى الحالة التى لا يدفع الموجه إليه الدعوى بعدم القبول فهنا يصـــدر الحكـم ويتحرك عنصر المسئولية الموجود حتى هذه اللحظة فى حالـــة خمــول، يتحرك لكى يلزم المدين بالقيام بما يلزمه به عنصر المديونية. وعلى ذلك فالدعوى القضائية فى زمانها الأول وبالنظر إلى مفترض القاعدة القانونية الإجرائية توجد لكن قد يمنعها عامل خارجى عن إحداث آثارها.

من كل هذه الملاحظات نستطيع القول بأن الحق فـــى الدعـــوى لا يشترط إطلاقا وجود الحق الموضوعى.

وننتقل الآن إلى التمييز بين الحق فى الدعوى والخصومة القضائية.

٢- الدعوى والخصومة القضائية :

" La distinction entre l'action en justice et l'instance judiciaire" .

١٥٩- الهدف من مجموع هذه الدراسة الخاصة بتمييز الدعوى عن مختلف النظم القانونية والأفكار الأخر المجاورة لفكرة الدعوى هو تحديـد الصفات المميزة لمصطلحات قانون المرافعات وبالتالى يكون استخدام كل مصطلح مفصحا عن حقيقة مدلوله القانونى.

عرفنا فيما سبق الحق فى الدعوى، وقلنا أيضا أن وسيلة استخدام الدعوى هى الطلب القضائى الذى يتكون بدوره من عنصرين عنصر مادى هو مضمون هذا الطلب أى الإدعاء الوارد به وعنصر شكلى هو مجموع الشكليات التى حددها قانون المرافعات. والطلب القضائى هو التعبير عن ممارسة رخصة أكثر عموما من فكرة الدعوى. هذه الرخصة هى حق الالتجاء إلى القضاء وهذه الرخصة تعد بحق من الحريات العامة التى تكفلها الدساتير المختلفة(1).

حق الالتجاء إلى القضاء يختلف إذا عن الحق فى الدعوى فهذا الأخير وإن كان يوجد بصورة مجردة عامة إلا أنه لا يكون إلا لشخص معين بالتحليل السابق لنا بيانه. وحقيقة الأمر أننا لو تعمقنا فى النظر إلى حق الالتجاء إلى القضاء لوجدناه هو أيضا وبعد صدور حكم القاضى يتركز فى شخص معين. بمعنى آخر أن من يستخدم حق الالتجاء إلى القضاء يكون ملزما باستعارة أداة إجرائية معينة هى الدعوى القضائية ويستخدمها بواسطة الطلب القضائى بعنصرية فإذا ما صدر الحكم تحدد مركزه فقد لا يكون هو صاحب الدعوى وإن كان له حق الالتجاء إلى القضاء وقد يتوحد الحقين فى حالة ما إذا كان هو صاحب الحق المحمى بالدعوى(2).

والطلب القضائى ، أداة استعمال الدعوى، يولد خصومة قضائية ، هذه الخصومة هى واحدة من المراكز القانونية. هذا المركز القانونى هو مركز إجرائى. توجد به شبكة من الواجبات الواجبة الاتخاذ ويترتب عليه مجموعة آثار قانونية معينة. هذه الآثار القانونية تترتب بحكم القانون. بمعنى أن القانون يحدد الواجبات التى يجب اتخاذها، فإذا ما تمت هذه الإجراءات تولدت آثار قانونية معينة. هذه الآثار هى آثار قانونية لا دخل

---

(1) إبراهيم سعد، ص ١٣٧.

(2) وقد كشف عن هذه العلاقة بتحليل مختلف عن التحليل الخاص بنا الأستاذ الدكتور أبو الوفا. مرافعات ، ص ١٠٤ بند ٩٨.

لإرادة الأطراف فيها. فمن المعروف في قانون المرافعات أن الشكل يعتبر عنصر قانوني. وأثاره يحددها القانون دون دخل لإرادة الأطراف فيـــها، الخصوم على سبيل المثال، يستخدمون حقهم في الدعوى بتقديـــم الطلـــب القضائي، وباتخاذ الإجراءات المحددة بحسب القانون أو بتنفيذ ما قد يـأمر به القاضي يقتصر دورهم على هذا النطاق فقط، أما الآثار القانونية فـــهي تتم بمعزل عن إرادة الخصوم.

وبالتالي لنا أن نتأمل في فكرة الدعوى وفكرة الخصومة القضائيـــة. القانون يمنح الدعوى، ويولد الخصومة، ويحدد أثارهـــا، إذا فـــأين إرادة الأطراف من كل هذا، إرادة الأطراف موجودة ولكنها لا تقرر شـــيئا ذو أهمية. فهي تقول نعم أو لا. أما الآثار فالمشرع هو الذي يحددها، وسنعود بالتفصيل أوفى لفكرة الخصومة فيما بعد.

فالخصومة إذا يحدد أشكالها القانون. والقانون هـــو الـــذي يحـــدد شروطها وآثارها ويحدد وسائل انقضائها.

وإرادة الأطراف هي المحرك للشرارة الأولى دون أن تتدخل فـــي التفاعل الذي يحدث نتيجة هذه الشرارة.

فالعامل أمام أفران الصهر يزودها بالوقود الـــذي يســـاعد علـــى الاحتراق، أما عملية التفاعل التي تتم داخل هذه الأفران فلا شأن للعـــامل بها، فهي تخضع لقوانين منظمة بطريقة شديدة التعقيد ولكنها فـــي نفـــس الوقت شديدة النظام.

الخصومة القضائية هي إذا المركز القانوني المتولد عن اســـتخدام الدعوى ويجب عدم الخلط بين الفكرتين.

وننتقل الآن لدراسة خصائص الدعوى القضائية.

٣-فى خصائص الدعوى القضائية

"Les Caractéres distinctifs de l'action judiciaire"

١٦٠-للدعوى القضائية باعتبارها حق إرادى Droit potestatif مجموعة خصائص معينة نبرزها فيما يلى:

١-الدعوى حق لصاحبه أن يباشرها أو لا يباشرها:

والدعوى بصفتها نوع من أنواع الحقوق تثبت لها الصفة الاختيارية le caractére facultatif وبناء على ذلك فلا يوجد أى التزام على عاتق صاحب الحق فى الدعوى فى أن يمارسها فعلا. فصاحب هذا الحق قد يقدر أنه من الملائم أن يتحمل الاعتداء على حقه وألا يذهب إلى القضاء نظرا لطول إجراءاته وكثرة نفقاته. وهذه الصفة الاختيارية الخاصة بالدعوى القضائية كانت محل هجوم من الفقيه الألمانى" إيرنج" Ihering الذى قال فى أحد مؤلفاته" الكفاح من أجل القانونla lutte pout le droit " بأن الشخص الذى يحصل اعتداء على حقه يقع عليه واجب قانونى بأن يباشر دعواه القضائية. لأن القانون لن يكون محترما بين الأفراد إلا إذا باشر الإنسان دعواه بهدف حماية حقوقه وبالتالى التوصل إلى الاحترام الكامل للقانون[١]. ويؤيد هذا الفقيه بعض المؤلفين فى فرنسا[٢].

ورغم وجاهة هذا الرأى ، الذى من المتصور لو توافرت له الوسائل اللازمة لإعماله أن يصل فعلا إلى احترام إرادة القانون فى المجتمع، فإنه قد وجه بسيل عنيف من الانتقادات نوجزها فيما يلى:

(أ) وجه إلى هذا الاتجاه نقدا مؤداه أنه غير واقعى ويضرب فى نطاق الفلسفة البحتة إذ لا توجد فى الواقع الوسائل الكفيلة بتعقب كل

---

(١) Robino .op. cit

(٢) Ripeyt .Les forces crétrices du droit .p. 354.

شخص لإجباره إذا ما حدث اعتداء على حقه بأن يلجأ إلى القضاء طالبا حماية هذا الحق.

(ب) ومن جهة أخرى فقد يوجد لدى الشخص الذى حدث الاعتداء على حقه مبررات مشروعة تجعله يحجم عن الالتجاء إلى القضاء. ولا شك أن المصاريف الباهظة والوقت الطويل الذى تستغرقه القضايا أمام المحاكم فيه ما يثبط الهمم عن اللجوء إلى القضاء، حتى لقد شاع القول بأن الصلح مع الخسارة أفضل من قضية محتملة الكسب.

(ج) ومن ناحية أخيرة، فإن وجهة نظر الفقيه إيرنج لا تكون من الناحية الفنية صحيحة إلا إذا كانت الحقيقة القضائية متطابقة موضوعيا ومثاليا مع الحقيقة الواقعية. والواقع أن ما يجرى فى العمل يسير على عكس ذلك فى كثير من الأحيان، فالحقيقة القضائية المعبر عنها فى القرار الصادر من القضاء هى حقيقة نسبية تتوقف فى الغالب من الأحيان على عناصر الإثبات التى تطرح داخل الخصومة المدنية.

هذه العناصر يقدمها الخصوم أنفسهم من جهة، وتخضع لتقدير القاضى من جهة أخرى، ومن خلال هذين الأمرين يصدر قرار القاضى الذى قد يبعد كثيرا عن الحقيقة الواقعية. والواقع يقول لنا أن من يلجأ إلى القضاء لا يصل فى كثير من الأحيان إلا إلى بذر بذور الأحقاد بالنسبة له وبالنسبة لخصومه فى آن واحد. وبالتالى ولكل هذه الأسباب فوجهة نظر الفقيه الألمانى تكون بعيدة كل البعد عن احترام مبدأ الشرعية.

٢-عدم مسئولية مباشر الدعوى القضائية عن إخفاقه أمام القضاء. من يلجأ إلى القضاء مستعملا حقه في الدعوى وأخفق لا يكون بإخفاقه هذا قد ارتكب خطأ موجبا لمسئوليته المدنية. فالمدعى الذى يباشر دعواه بطريقة خاطئة، يتمتع بنوع من الحصانة immunité التى لا يفتأ القضاء عن تأكيدها[١].

---

(١) Civ 7/1/1955 .Gaz . pal 1955-1-182 . =

ويرى الفقه أن هذا المبدأ، أى عدم مسئولية مباشر الدعوى عن إخفاقه فيها قبل خصمه، يقوم على أسس ثابتة، فقد يعتقد شخصا ما عن طريق الخطأ أن حقه قد أعتدى عليه، أو قد يخطئ فى تفسير القواعد القانونية المقررة للحقوق ، أو قد يقوم بتقدير خاطئ لواقعة أو مجموعة وقائع معينة، فى مثل هذه الحالات وإذا قلنا بمسئولية المدعى عليه يمارس دعواه ويخفق فيها فإننا نضعه في موقف[1] صعب: فهو يريد حماية حقه ، ولكنه يخشى الإخفاق وبالتالى يخشى قيام مسئوليته قبل خصمه وقيام الالتزام بالتعويض. ففى مثل هذه الأحوال يحيق الظلم بالأفراد إذ يجعلهم الخوف من قيام مسئوليتهم فى حالة إحجام دائم عن ممارسة حقهم فى استخدام دعواهم. ومن جهة أخرى فلا يمكن القول بأن الالتزام بدفع مصاريف الدعوى الذى يقع فى نهاية الأمر وبعد صدور الحكم النهائى على عاتق الخصم الذى خسر دعواه – كمبدأ عام– لا يمكن القول بأن هذه المصاريف تمثل تعويضا عن خطأ الخاسر. فهذه المصاريف ما هى إلا التزام قانونى يجد مصدره فى نص القانون الذى قدره استقلالا عن أى خطأ . ومن هذا لا يصدق على هذه المصاريف صفة التعويض لأن هذا الأخير يشترط لاستحقاقه قيام الخطأ[2]. ومن هنا كان ما هو معروف بصدد مصاريف الدعوى من أن للمحكمة أن تحمل بها الخصم الذى كسب الدعوى وصدر الحكم لصالحه سواء بكاملها أو فى جزء منها.

ومن جهة أخرى فإننا نرى مع البعض أن مبدأ عدم مسئولية الشخص الذى يباشر حقه فى الدعوى إذا ما خسر دعواه يرد عليه بعض الملطفات نتيجة لأعمال نظرية التعسف فى استعمال الحق فى نطاق الدعوى القضائية. فما دمنا نتكلم عن الحق فى الدعوى فمن المنطقى أن

= Civ . 13/11/1961 .J.C.P. II- 12446 .

(١) إبراهيم سعد، ص ١٤٠ .

-ابو الوفا، ص ١٠٣.

(٢) انظر عكس هذا، إبراهيم سعد، ص ١٣٩.

تجد نظرية التعسف فى استعمال الحق مجالا للتطبيق فى هـذا المجـال. فالشخص الذى يستعمل حقه فى الدعوى بنية الإضرار بشخص آخـر، أو بطريقة تضر بشخص آخر أو بدون باعث مشروع من الممكن إذا أضـر بالغير أن يحكم عليه بناء على نظرية التعسـف فـى اسـتعمال الحـق بالتعويض للمضرور. وأيضا فمن يستعمل دعواه بهدف تأخير حل النزاع تقوم فى مواجهته المسئولية ويمكن الحكم عليه بالتعويض. فالشخص الذى يمارس دعواه بهدف وحيـد هـو الكيـد لخصمـه dans un dessein vexataire من الممكن الحكم عليه بالتعويض(١).

والمدعى عليه الذى يكثر إلى حد كبير من وسائل الإجراءات بهدف تعطيل وتأخير التوصل إلى حل النزاع الذى يعلم تماما أنه خاسـره منـذ البداية يمكن الحكم عليه بالتعويض(٢).

ومع هذا يرى الفقه الغالب ضرورة الاحتياط والحكمة فى أعمـال نظرية التعسف فى استعمال الحق فى نطاق نظرية الدعـوى . فـالخصم المشاكس سيئ النية يستطيع أن يتغلب على هذه الطريقـة بحيـث يقـع خطرها على أشخاص هم فعلاً فى حاجة إلى الحماية القضائية ويخشـون استخدام حقهم فى الدعوى خشية احتمال الحكم عليه بالتعويض.

وبناء على هذا فإن القضاء فى أعماله لنظرية التعسف فى استعمال الحق يتطلب دائما ثبات توافر أركان المسئولية المدنية. فمن جهة يتطلـب القضاء، حتى يمكن الحكم بالغرامة أو التعويض، قيام عنصرى الخطأ la faute وإثبات حدوث الضرر le dommage(٣).

---

(١) Civ. 9/5/1960 .Gaz. Pal. 1960-II- 256

(٢) Civ . 11/12/1962 .J.C.P. 1962. Iv 4252

(٣) نقض مدنى ١٩٦٩/٧/٣ مجموعة أحكام النقض ، س ٢٠ ص ١١٠١.

- نقض مدنى ١٩٦٩/١١/٢٧ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ١٢٤٢.

والقضاء فى اشتراطه لهذه الأمور يقصد فى الواقع عقاب، ليس الحق فى استعمال الدعوى، وإنما عقاب واقعة ارتكاب خطأ مستقل عن هذا الاستعمال لهذه الدعوى.

والسؤال المطروح الآن لإمكان أعمال جزاء التعسف فى استعمال الحق يتعلق بالتساؤل عن نوع الخطأ المطلوب، هل هو الخطأ العمدى أم مجرد الإهمال وعدم الاحتياط. لا شك أن الخطأ العمدى يولد المسئولية. وبالتالى يمكن الحكم بالتعويض إذا ترتب على ذلك ضرر للخصم الآخر.

وأما بصدد الخطأ غير العمدى فظاهر أحكامه محكمة النقض الفرنسية يدل على أنها لا تعتمد إلا الخطأ العمدى فهى تقول فى أحد أحكامها أن " الدعوى القضائية هى حق لا يترتب على استعماله قيام مسئولية مباشرة إلا إذا كونت هذه الممارسة عملا من أعمال الخبث أو الخطأ الجسيم المعادل للتدليس".

" L'action en justice est un droit don't l'exercice ne dégénére en faute pouvant donner lieu a des dommages et intéréts que s'il consitue un acte de Malice ou tout an moins .une gtossiére équipollente au fol." (1)

ويرى جانب من الفقه الفرنسى أنه بالتعمق فى النظر فى أحكام محكمة النقض الفرنسية يمكن القول بأنها تعتنق أحيانا مبدأ الخطأ غير العمدى كمحرك للمسئولية المدنية لممارس الدعوى إذا تمخضت دعواه عن فعل من أفعال الخبث un acte de malice.

وننتهى من هذه الجزئية بالقول بأن نظرية التعسف فى استعمال الحق تجد مجالها فى نطاق التعسف فى استعمال حق الدعوى(٢).

---

(١) Cass 13/11/1959 .Gab .pal. 1960-I-99

(٢) أبو الوفا. مرافعات. ص ١٠٠ وما بعدها.

٣-حق الدعوى يمكن التنازل عنه ويقبل الحوالة والانتقال.

سبق القول أن الدعوى تمثل حقا يجد مصدره فى قاعدة إجرائية.هذا الحق لكي يكون مسموعا لدى القضاء يجب أن تتوافر له شروط معينة سوف يرد تفصيلها فيما بعد. وبما أن الدعوى تمثل حق شخصي فهى تقبل العوارض التى تعرض على الحقوق بصفة عامة.

فالحق في الدعوى يجوز النزول عنه سواء كان هذا التنازل قد حدث بعد أو قبل رفع الدعوى وإن كان العمل يجرى على إجراء هذا التنازل بمناسبة التنازل عن الحق الموضوعى نفسه وكذا الأمر فيما يتعلق بالحوالة والانتقال إلى الخلف العام أو الخلف الخاص. ويرد على هذه القاعدة استثناء خاص بالدعاوى اللصيقة بشخص الإنسان كدعوى الطلاق أو دعوى الانفصال الجثمانى[1].

ومن جهة أخرى فإن التنازل عن الحق الموضوعى يرتب تنازلا حتميا عن الحق فى الدعوى سواء قصد ذلك المتنازل أم لا.

٤-حق الدعوى يقبل الانقضاء بالتقادم ويسقط إذا طرأ سبب من أسباب السقوط.

لعامل الزمان ومروره أثر على الكائنات والأشياء وله أثره أيضا على المراكز القانونية. فالحقوق إذا لم يطالب بها صاحبها خلال مدة معينة يشتد المشرع قرينة مؤداها سقوط هذا الحق بالتقادم. ويقوم التقادم على اعتبارات مختلفة ليس هنا مجال استعراضها[2].

وبالنسبة للدعوى القضائية باعتبارها حقا من الحقوق فإنها تتعرض لما يتعرض له الحق الموضوعى Le droit substatiel وبالتالى بمرور مدة معينة يحددها القانون يصير الحق الموضوعى بلا حماية قضائية

---

(١) عبد المنعم جبره. ص ٣١٠، فتحى والى ص ٥٨.
(٢) أنور سلطان . أحكام الالتزام ١٩٦٧، ص ٤٥٠.

ويتحول إلى التزام طبيعي. والنصوص الوضعية تخلط في هذا الصدد أحيانا فهي تتكلم عن تقادم الحقوق وواقع الأمر أن الذي يتقادم هو الدعوى القضائية لا الحق نفسه(مثال لمواد تتكلم عن تقادم الحقوق المادة ٣٤٧ مدني) ومع هذا فهناك بعض المواد تتكلم عن تقادم الدعاوى وهذا هو الأصوب في اعتقادنا(م ١٤٠ ، ١٧٢ ، ١٨٠ ، ١٨٧، والمادة ١٩٧ من القانون المدني المصري)[1]. ويرد على الحق في الدعوى أسباب السقوط المنصوص عليها في القانون المدني (م ١٢٩ ، ٢٤٨ ، ٣٢٢)[2].

الفرع الثالث

في تعريف الدعوى

" La définition de l'action en justice"

١٦١- بناء على تحليلنا السابق لنظرية الدعوى القضائية نستطيع الآن من كل هذه المقدمات السابق عرضها استخلاص التعريف الذي يبدو لنا صحيحا لنظرية الدعوى.

في تعريف الدعوى القضائية " La définition de l'action en justice"

١٦٢-الدعوى القضائية هي حق إرادي مستقل عن الحق الموضوعة الذي تحميه، حق الدعوى من الممكن أن يعتبر واحدا من الحقوق الوسيلية. فهو وسيلة حماية الحق الموضوعي. هذا الحق يجد مصدره في القاعدة القانونية الإجرائية. هذا الحق يوجد بصفة مجردة في مفترض القاعدة الإجرائية وبالنسبة لجميع الأشخاص. هذا الوجود العام يجب النظر إليه في زمان أول. حتى إذا ما صدر الحكم القضائي مقررا الحق الموضوعي كانت هناك فرصة لإعمال الأثر القانوني الموجود في

---

(١) عبد المنعم جبره. ص ٣١١.

(٢) عبد المنعم البدراوي، رسالة ، ص ٢٤٧.

ذات القاعدة الإجرائية والذى يهدف إلى القول بأن صاحب الحق الموضو .ى هو صاحب الدعوى.

هذا التعريف هو الذى يشرح لنا الفكرة القائلة بأن حق الدعوى لا يثبت بصفة نهائية إلا بعد صدور الحكم الموضوعى. أما قبل صدور هذا الحكم فحق الدعوى موجود وهذا الوجود هو وجود مؤقت لا يثبت بصفة نهائية إلا بإعمال الأثر القانونىl'effet juridique الموجود فى القاعدة الإجرائية.

حق الدعوى إذا هو حق إجرائى، وهو من جهة أخرى حق إرادى، ودور الإرادة ينحصر فى الإعلان الإرادى المعتقد فى وجود هذا الحق، فإذا صادف هذا الاعتقاد توافر الشروط الموضوعية والإجرائية كان فى صدور قرار القاضى تأكيد له، وتدعيما لوجوده.

ومن جهة أخرى فحق الدعوى هو حق وسيلى، شأنه فى ذلك شأن مجموعة الأدوات الإجرائية الفنية الموجودة فى قانون المرافعات إذ أن هذه الأدوات تعتبر وسيلة لحماية الحقوق والمراكز القانونية أو المراكز الواقعية التى يمنحها القانون حماية خاصة.

الصلة إذا وثيقة بين حق الدعوى والحق محل الحماية، فإعمال الأثر القانونى l'ampératif juridique الموجود فى القاعدة القانونية الإجرائية إلى جانب مفترضها la présupposition هو دالة أو هو تابع لإعمال الأثر القانونى الموجود فى القاعدة القانونية الموضوعية المتعلقة بالحق المطلوب حمايته. وحتى إذا لم يوجد حق مطلوب حمايته كما هو الحال حين يطلب شخص من القضاء اتخاذ إجراء وقتى أو احتياطى أو فى الحالات الخاصة بقضاء المنازعات الموضوعى le contentieux objectif privé السابق الإشارة إليها ، فى مثل هذه الحالات ورغم عدم وجود حق موضوعى ظاهر لممارس الدعوى، فهو يهدف فى الواقع وبطريق غير مباشر إلى حماية مصلحة يحميها القانون، فمن يطلب اتخاذ

إجراء وقتى أو احتياطى ، يهدف فى ذات الوقت إلــى حمايــة مصلحــة خاصة يحميها القانون، وقد يهدف أيضا إلى حماية حق لم يحين الوقــت المناسب للمطالبة به أمام القضاء.

فالحماية القضائية تكون مقبولة حتى ولو تعلقت بحق لم يطرح بعد على القضاء وإنما اتخذت الدعوى كوسيلة لدرء خطرا محدقا يهدد هـذا الحق، أو للاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه.

الحق فى الدعوى إذا هو حق إرادى ذو طبيعة إجرائية يوجد فــى خليفة القاعدة القانونية المقررة للحقوق بطريق مباشر أو بطريــق غــير مباشر. استعماله يكون مكفولا فى زمان أول للكافة، حتى إذا مــا تقــرر الحق أو المصلحة محل الحماية لمن يطالب بها تقرر فــى ذات الوقــت وبصفة انتهائية الحق فى الدعوى لمن باشرها.

وننتقل الآن لدراسة فكرة الخصومة القضائية فى المطلب الثانى من هذا المبحث.

المطلب الثانى

فى فكرة الخصومة القضائية

١٦٣-دراسة فكرة الخصومة القضائية، هى من أنواع الدراســات الشاقة، شأنها فى ذلك شأن دراسة فكرة الدعوى القضائيــة الســابق لنــا الإشارة إليها. ورغم مشقة هذه الدراسة فالفقه الحديث يحاول الآن بخطــى جادة كشف مجاهل هذه الأفكار وذلك فى محاولته الدؤوبة لتنظير العلــم الإجرائى. صعوبة دراسة هذه الفكرة ترجع إلى أننا لا نكــون إزاء أمــر بسيط ، وإنما الخصومة تضعنا وجها لوجه أمام أمرا مركبا، ومعقد غايــة التعقيد، كما سنرى من بعد.

تناولنا هنا لفكرة الخصومة القضائية، هو تناول ضـــرورى، ففـــى نطاق الطعن بالاستئناف يهمنا، على ضوء ما هو منصوص عليـــه فـــى القانون الوضعى المصرى (م٢١٢) تحديد ما يجوز وما لا يجوز الطعـــن فيه مباشرة بالاستئناف من الأحكام الصادرة أثناء سير الدعوى، فالمشرع المصرى ربط قابلية الطعن المباشر بالاستئناف فى هذه الأحكام بكونـــها "تنهى أو لا تنهى الخصومة" ، من هنا كانت أهمية إفراد دراسة خاصـــة لفكرة الخصومة القضائية .

بل أكثر من هذا فتحديد طبيعة هذه الخصومة يمكننا مـــن الإجابـــة على سؤال مازال حائرا فى الفقه، وذلك فيما يتعلـــق بطبيعـــة خصومـــة الطعن، وهل هى تعتبر خصومة جديدة ومستقلة عن خصومة أول درجة، أم هى على العكس مجرد استمرار للخصومة التى طرحت على القـــاضى المطعون فى حكمه.

وأخيرا ، فهذه الدراسة ، حتى من الناحية النظرية ، هـــى إثـــراء لفلسفة قانون المرافعات، حيث نرى، عن طريق دراسة فكرة الخصومـــة، الفقه الإجرائى رفيع المستوى حين يتجادل بغية الوصول إلى هدف وحيد: هو تحديد القول الفصل فى مسألة متنازع عليها(١).

دراستنا لفكرة الخصومة القضائية سوف تبدأ باســـتعراض موجـــز ومـــــختصر لوجهات النظر البارزة فى هذا النطاق، وتقديرها. ثم ننفرد

---

(١) فتحى والى، نظرية البطلان، رسالة ، ص ٣٤ وما بعدها حتى ٦١.
-وجدى راغب، النظرية العامة للعمل القضائى، رسالة،ص ٦٤٨ وما بعدها.
-إبراهيم سعد، القانون القضائى الخاص، ج ١، ص ٦٥٧ حتى ٦٦١.
-كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص ٤٠٣.
-أبو الوفا، الأحكام، ص ٦٨٢.
- عبد المنعم حسنى، ص ٧١ وما بعدها.
Morel. Tratié 2ed . éd . 1949. P. 259.
Vincent précis 18me . éd . p. 261. Et s.

بالتركيز على ما نراه صوابا فى هذا المجال.

١٦٤- وجهات النظر البارزة بصدد تحديد وتعريف فكرة الخصومة القضائية.

١-الخصومة القضائية تطلق على النزاع عندما يعرض على القضاء. ومصطلح الخصومة قد يطلق على النزاع ذاته، فتعرف بالتالى بأنها الحالة القانونية التى تنشأ من لحظة عرض النزاع على القضاء إلى نهايته .

كما يطلق اصطلاح الخصومة أيضا على النزاع فى مظهره أو فى الشكل الذى يعرض به على القضاء، فالخصومة تظهر، بناء على ذلك، فى صورة سلسلة من الأعمال المختلفة التى يوجب القانون القيام بها لتصل الخصومة إلى نهايتها.

وتكون الخصومة وحدة قانونية تبدأ من تقديم طلب قضائى إلى المحكمة، وتنتهى بالوصول إلى الغاية منها وهو صدور حكم يفصل فى النزاع، وقد تنتهى قبل هذا السبب من أسباب انقضاء الخصومة بغير حكم فى موضوعها. وإذا كان هذا النظر متفق على تكييف الخصومة كوحدة قانونية، فقد اختلف الفقه على الأساس القانونى الذى تبنى عليه هذه الوحدة[1].

ويقصد بوحدة الخصومة ، أنها وحدة فنية، وسبب هذه الوحدة يرجع إلى وحدة النزاع الذى يعرض على القضاء وبمناسبته تقوم هذه الخصومة[2].

هذه الوحدة l'unité التى تتمتع بها فكرة الخصومة القضائية تتولد فى الواقع من الغاية التى تهدف إلى تحقيقها الإجراءات التى تكون هيكل

---

(١) فتحى والى، ص ٣٢.

(٢) إبراهيم سعد، ص ٦٥٩.

هذه الخصومة، هذه الغاية هى حسم النزاع وتطبيق حكم القانون عليـــه. ويمكن، أيضا، استخلاص هذه الوحدة من النظر إلى الأعمال التى يقـــوم بها الخصوم والقاضى والغير داخل نطاق خصومة ما.

فالمدعى يرمى إلى التوصل إلى الحصول علـــى حكـــم لصالحـــه، والمدعى عليه يرمى إلى نفس الغاية بطريق مختلف. والقاضى ومعـاونوه ملزم بتطبيق القانون على النزاع المعروض عليه. والغير قد يتدخل إلـــى جانب أحد الخصوم، أو يهاجم الخصم أو ذاك للحصول على إدعاء خاص به(1).

١٦٥-٢- وإذا كان جمهور الفقهاء فى إيطاليا وبعض الفقه الحديث فى مصر متفق على النظر إلى الخصومة القضائية على أنها وحدة قانونية وقتية(2)، إلا أن الخلاف ما زال محتدما حول تحديد الطبيعة القانونية لهذه الخصومة، وحول تحديد أساسها:

أ-فذهب رأى إلى أن الخصومة القضائية هى رابطة قانونية:

وببساطة تتلخص فكرة الرابطة القانونية فى أن الخصومة القضائية تعتبر وحدة قانونية أساسها وجود الأعمال الإجرائية التى تتكـــون منـــها الخصومة، هذه الأعمال توجد متحدة فى " رابطة قانونية" (3). فالذى يوجد فى حالة رباط قانونى، فى الواقع، هى الأعمال المكونة للخصومة، ولكـن يظل التساؤل قائما: هل هناك فاصل بين هذه الأعمال، وبين الخصومـــة ذاتها؟ سنرى ذلك من بعد.

هذه الرابطة القانونية تعتبر حسب هذا النظر مستقلة عن الدعـــوى القضائية ، وعن الحق الموضوعى. فشروط الخصومة وآثارها تختلـــف عن شروط الدعوى والحق الموضوعى. فالخصومة توجد دائمـــا بتقديـــم

(١) إبراهيم سعد، ص ٦٥٩ هامش ٣ .

(٢) فتحى والى ، ص ٣٢، إبراهيم سعد ص ٦٥٩ ، وجدى راغب ص ٦٤٨.

(٣) فتحى والى، ص ٣٣.

الطلب القضائى، هذا الأخير لا يعنى دائما أن صاحبه هو صاحب الحق فى الدعوى.

والحق الموضوعى هو محل الخصومة، أى محل الرابطة الإجرائية وتخضع الرابطة الإجرائية للقانون الإجرائى، أما الرابطة الموضوعية فيحكمها القانون الموضوعى[1]. والرابطة الإجرائية هى رابطة مركبة لأنها تشمل العديد من الحقوق والواجبات. أما عن أطراف هذه الرابطة الإجرائية فهم: الدولة والمدعى والمدعى عليه ، مع اختلاف أنصار هذه النظرية فى كيفية قيام الرابطة الإجرائية بين هؤلاء الأطراف ، فالبعض يراها تقوم بين القاضى والخصوم دون تفرقة، والبعض الآخر يراها تقوم بين القاضى وكل خصم على إنفراد، مع الاتفاق على وجود هذه الرابطة بين المدعى والمدعى عليه[2].

ووجه على هذا النظر نقد شديد، أساسه هو:

استعارة هذه النظرية تكييف الخصومة من النظرية العامة للقانون فوصفها بأنها رابطة قانونية، دون أن يحتفظ لهذا التكييف بمدلوله المعروف فى القانون. فالرابطة القانونية تقوم بين طرفين، لأحدهما سلطة وعلى الآخر واجب. وقد قال البعض بأن هذا الحق وهذا الواجب يوجد فى رابطة الخصومة. وإنما انتقد البعض الآخر هذا القول على أساس أن التزام أحد الأطراف بالقيام بعمل معين وهو التزام يقع عليه فى مواجهة السلطة القضائية وليس فى مواجهة الخصم الآخر[3].

أما عن حق الخصم الآخر فى المطالبة بشئ، فإن هذا الحق ليس مقابلا للواجب السابق بيانه، وإنما هو مقابل لعدم القيام بهذا الواجب، فليس هناك تقابل بين الحق والواجب. والقاضى من جهة أخرى باعتباره

---

(١) فتحى والى، ص ٣٤.

(٢) فتحى والى، ص ٣٥-٣٦.

(٣) فتحى والى، ص ٣٨.

طرفا فى هذه الرابطة لا يلتزم بالنظر فى الطلبات المطروحة عليه فى مواجهة الخصوم، وإنما ملتزم فى مواجهة الدولة[1].

ومن جهة أخرى يرى بعض الفقه فى مصر أنه إذا أردنا الأخذ بهذه النظرية، فإننا يجب أن نتخلى عن الفكرة الفنية للرابطة القانونية ونأخذها بمعنى عام. أى نأخذها على إنها مجرد علاقات تقوم بين مجموعة من الأشخاص بصدد أمر ينظمه القانون، ولكن مثل هذا الوصف لا يكون وصفا أو تكييفا قانونيا[2].

ب-ويذهب رأى آخر إلى أن الخصومة القضائية هى مركز قانونى. ومضمون هذا المركز القانونى هو مجرد الأمل ، الأمل فى الحكم الذى سوف يصدر. فالخصومة ليست سوى مجموعة من الآمال التى تكون لدى الخصوم فى الحكم المستقبل وما يتصل بهذه الآمال من إمكانية توضيح الحقيقة بواسطة أعمال إجرائية وخاصة بتقديم أدلة الإثبات[3]. وفكرة المركز القانونى هذه توحد بين الخصومة والحق الموضوعى، فآمال الخصوم عند أنصار هذه النظرية ليست سوى صورة أخرى لنفس الرابطة القانونية الموضوعية محل النزاع.

وانتقدت هذه النظرية بشدة، بمقولة أنها تستند على عنصر نفسى هو آمال الخصوم، هذا العنصر هو ظاهرة خارجة عن الخصومة سابقة عليها ومتخللة إياها وغير مرتبطة بها، فهذه الآمال لا توجد إلا عند وجود الخصومة ، فالخصومة هى التى هيأت لهذه الآمال فرصة الوجود ، ولولاها ما كانت.

والخصومة تحتوى على العديد من المراكز القانونية المتباينة،

---

(١) فتحى والى ، ص ٣٩.

(٢) وجدى راغب، الرسالة، ص ٦٥٤.

(٣) انظر فى عرض هذه النظرية فتحى والى، ص ٤٤.

للقاضى والخصوم والغير. فهى لا تحتوى على مركز قانونى واحد[١].

وبالإضافة إلى ذلك فهذه النظرية تخلط بين الخصومة ومحلها أى موضوعها، فالمركز الذى يعينه أنصار هذه النظرية هو مركز الدعوى عند رفعها أمام القضاء وقبل الحكم فيها لا الخصومة ذاتها[٢].

ج- ويذهب رأى ثالث فى الفقه المصرى مرددا رأيا أبداه أحد الفقهاء الإيطاليين إلى أن الخصومة تعتبر عملا قانونيا واحدا[٣].

فالخصومة القضائية تتكون حسب هذا الرأى من مجموعة من الأعمال الإجرائية يقوم بها أشخاص مختلفون، القاضى وأعوانه والغير. وتتوالى هذه الأعمال المختلفة بشكل منتظم متجهة كلها إلى غاية واحدة هى صدور حكم يطبق القانون.

والأعمال المكونة للخصومة تتميز بأنها أعمالا متحدة الغاية، هذه الغاية هى إظهار الحقيقة. وإنها متسلسلة ومرتبطة فيما بينها ارتباطا وثيقا: فتجمعها وحدة زمنية ووحدة منطقية تجعل كلا من هذه الأعمال يبدو كنتيجة لسابقة ومقدمة لما يليه. هذا العمل القانونى هو عمل مركب من حيث الأشخاص، ومن حيث الموضوع. فمن يؤدى هذا العمل هم أشخاص متعددون ، وموضوعه أعمالا مركبة.

والعمل القانونى أما أن يكون بسيطا أو مركبا. ويجود عمل قانونى مركب إذا كانت هناك نتيجة قانونية لا يمكن لعمل قانونى منفرد أن يصل إليها وحده، بل يجب أن يتضافر فى سبيلها أكثر من عمل. هذه الأعمال المنفردة تسمى أعمالا متكاملة. ومن الأعمال المركبة نوع يسمى عملا مركبا تتابعيا.

---

(١) وجدى راغب، الرسالة، ص ٦٥٢.

(٢) وجدى راغب، ص ٦٥٢.

(٣) فتحى والى، ص ٤٧.

والعمل التتابعي هو نوع من الأعمال المركبة، ففيه إذا تتضافر عدة أعمال بسيطة للوصول إلى أثر قانوني معين لا يستطيع واحد منها أن ينتجه وحده[1]. ويرى هذه الاتجاه ، أو بالأحرى هذا الرأى، أن الخصومة القضائية تعتبر عملا قانونيا مركبا تتابعيا. هذا العمل يتميز بأن أعماله المتتابعة تتجه كلها إلى إحداث نتيجة واحدة، أو إحداث غاية واحدة[2].

ومع ذلك فمن الممكن أن ينتج كل عمر منفرد من هذه الأعمال آثارا قانونية خاصة به، على أن هذه الآثار القانونية تبقى غالبا وقتية معلقة على النتيجة النهائية التى يؤدى إليها مجموع الأعمال. ومن جهة أخرى فإن بعض هذه الأعمال قد لا ينتج بمفرده أى أثر قانوني، وبالتالى يعتبر عملا ماديا، ولا يكون له كيان قانونى إلا باعتباره جزءا من العمل التتابعي. ومن هذا يتضح أن الأعمال التى تكون العمل التتابعي قد تكون أعمالا قانونية، أو أعمالا مادية[3].

أساس الخصومة إذن لدى هذا الرأى هو أنها تعتبر عملا قانونيا واحدا، وهى تعتبر عملا تتابعيا وهذا ما يعطى لفكرة الخصومة كيانا موحدا.

ومن جهة أخرى فإن الخصومة قد تقتضى القيام بأكثر من عمل تتابعي، وذلك فى حالة عرض النزاع أمام درجتين، فهنا تعتبر الخصومة عملا تتابعيا مركبا وينطوى هذا العمل على عمل تتابعي (الخصومة أمام أول درجة) وعمل تتابعي آخر(الخصومة أمام ثانى درجة)[4].

---

(١) راجع فى كل هذا ، فتحى والى ، ص ٤٨.
(٢) فتحى والى، ص ٤٩ والمراجع المشار إليها.
(٣) فتحى والى، ص ٤٩.
(٤) فتحى والى، ص ٥٢ هامش ١.

ومع وجاهة هذا الرأى، فقد وجه إليه النقد التالى[1]:

الخصومة تتكون من عديــد مــن الأعمــال القانونيــة المتباينــة والمتناقضة من حيث صفات أشخاصها وغاياتهم، ومن حيث مضمونها.

ومن جهة أخرى، كيف يمكن الجمع بين الطلب والدفع الموج ضده كإجراء فى عمل قانونى واحد.

والقانون الوضعي يستجيب لهذا النقد: فهو ينظر إلى كل إجراء من إجراءات الخصومة كعمل قانونى، يفرض لصحته مقتضيات موضوعيــة وشكلية، ويرتب له آثارا قانونية خاصة به.

والخصومة كوحدة تخضع لنظام متميز ، حيث ترد عليها حــالات غير مألوفة فى نظام العمل القانونى، كـــالوقف والانقطـــاع، والســقوط والانقضاء. والخصومة كوحدة لا ترتب أى مراكز قانونية. أما ما يتخلف عند اكتمالها من مراكز فهى آثار عمل القضاء. وتترتب هذه الآثار علــى عمل القاضى فى مجموعه، أى من حيث تتكامل أركانـــه الموضوعيــة والشكلية. والدليل على أنها آثار للعمل فى جملته، وليست آثارا للخصومة التى تقتصر على إجراءات تكوينه، أن هذه الآثار تتنوع وفقا لطبيعة هــذا العمل، وهل هو عمل قضائى أو وقتى أو ولائى[2].

أما إذا لم تنته الخصومة بعمل من أعمال القضاء ، كما فى حالـــة الترك أو الحكم بسقوطها، فإنها لا تخلف أى أثر قانونى ، أما ما يحتفظ به القانون من آثار لبعض الإجراءات عند ســقوط الخصومـــة ، كالأحكـــام القطعية الصادرة خلالها، أو إقرارات الخصوم وأيمانـــهم وغيرهـــا مـــن إجراءات التحقيق فهى تترتب على كل إجراء من هذه الإجراءات، لا على الخصومة كوحدة.

---

(١) وجدى راغب، الرسالة، ص ٦٤٩ ، والمراجع المشار إليها فى هامش ٢.

(٢) وجدى راغب، ص ٦٥٠،٧

د-وأخيرا يرى البعض الآخر من الفقه أن الخصومة القضائية ما هي إلا الشكل الإجرائى لعمل القاضى، فالخصومة تتكون من مجموعة من الأعمال القانونية التى يرتب كل منها أثرا خاصا به. ولكنها كوحدة عبارة عن وسيلة أو أداة لتكوين عمل القاضى، أى مجرد شكل له. وبناء على ذلك فإذا نجحت الخصومة القضائية فى تكوين هذا العمل القضائى، فإن ما يترتب من مراكز قانونية إنما يتولد عن هذا العمل ذاته، لا من الخصومة ، أما إذا فشلت الخصومة فى التوصل إلى هذا العمل القضائى، فإنها تكون مجرد عنصر ناقص عاجزا بذاته عن إحداث أى أثر فى عالم القانون.

وينتهى هذا الرأى، بأنه طالما أن الخصومة لا تخضع لنظام العمل القانونى، فإن تأصيلها كعمل قانونى يبدو عديم الجدوى، منافيا للقانون الوضعى[1].

هـ- إزاء هذا الاختلاف الواضح، اعترف بعض الفقه الحديث بصعوبة اختيار تعريف موحد للخصومة القضائية. فهذه الأخيرة تشتمل فى واقع الأمر على جميع هذه المعانى السالفة الذكر. فهى حالة قانونية جديدة تنشأ فيها مراكز قانونية لم تكن متوافرة من قبل ويقوم أصحاب هذه المراكز بالأعمال الإجرائية بقصد الحصول على الحماية القضائية. وإزاء هذه الصعوبة رأى هذه الفقه أنه من الأفضل إظهار فكرة وحدة الخصومة التى تبرر المبادئ العامة التى تسودها وتحقق الفائدة العملية لتطبيق قواعدها[2].

١٦٦-رأينا الخاص بصدد طبيعة الخصومة القضائية:

الخصومة القضائية هى نظام قانونى من أنظمه قانون المرافعات. هذا النظام يجد أساسه فى مجموعة الإجراءات التى تتخذ بهدف التوصل

---

(١) وجدى راغب ، ص ٦٥١.

(٢) إبراهيم سعد، ص ٦٥٨.

إلى هدف معين. هذا الهدف هو العمل القضائى محل الانتظار. لهذا فإننا نميل إلى رأى الأستاذ الدكتور فتحى والى من اعتبار الخصومة مجموعة مركبة ومتتابعة من الأعمال الإجرائية، ونضيف إلى هذا أنها تكون الشكل الإجرائى للعمل القضائى.

والواقع فإن الخصومة القضائية إذا كان كل عمل فيها يكون له أثر خاص به. فإن هذا الأثر بالتضافر مع الآثار الأخرى المتولدة مع الأعمال الأخرى الموجودة داخل الخصومة ذاتها تشترك كلها فى المساهمة فى تكوين العمل القضائى. وإذا ما نجحت الخصومة فى تكوين العمل القضائى فإن هذا العمل ينتج مجموعة من الآثار التى تستند على مجموعة الآثار المتولدة عن كل عمل من الأعمال المشتركة فى تكوين هيكل الخصومة.وفى حالة فشل الخصومة فى التوصل إلى هذا العمل القضائى، فإنها لا تكون كما يرى البعض عنصر ناقص، عاجز بذاته عن إحداث أى أثر فى عالم القانون، فالعكس هو الصحيح فطوال حياة الخصومة، حتى ولو لم تصل إلى أى عمل قضائى، فمجرد وجودها أحدث سلسلة من الآثار منها ما هو متعلق بالحق الموضوعى، ومنها ما هو متعلق بأن الدعوى قد استخدمت ، ومنها ما هو متعلق بحقوق وواجبات الخصوم والقاضى والغير الذى يتصل بهذه الخصومة.

والخصومة باعتبارها مجموعة من الأعمال الإجرائية ، تخضع للقواعد العامة التى تحكم نشأة ، وصحة، وبطلان، وإحداث آثار العمل الإجرائى المنصوص عليها فى قانون المرافعات.

والخصومة إذا كانت كذلك، فلنا هنا أن نتساءل : هل خصومة أول درجة هى نفسها ذات الخصومة التى تنظر أمام محكمة الطعن؟. سبق لنا معالجة هذه المسألة حين انتهينا من مؤلفنا فى النظرية العامة للطعن بالنقض[1]. ولكن هذا السؤال يثور مرة ثانية فى نطاق هذا المؤلف الذى

(١) نبيل عمر. النظرية العامة للطعن بالنقض، منشأة المعارف. ط أولى ١٩٨٠ ص ١٥٠.

نكرسه للنظرية العامة للطعن بالاستئناف ، والسبب فى ذلك بسيط فمحكمة النقض لا تعمل كمحكمة موضوع، عكس الحال بالنسبة لمحكمة الاستئناف التى هى فى صحيح النظر تعتبر محكمة موضوع، شأنها فى ذلك شأن محكمة أول درجة.

١٦٧-ثارت هذه المسألة فى الفقه الفرنسى ، وذهب البعض إلى اعتبار خصومة ثانى درجة، ما هى إلا خصومة جديدة[١]. وأساس هذا الرأى يرجع إلى الأخذ فى الاعتبار لبعض العناصر الشكلية. مثال ذلك أن محكمة الاستئناف تختلف عن محكمة أول درجة من حيث التشكيل والإجراءات، وان الطعن يرفع بإجراءات تختلف عن إجراءات رفع الدعوى. وأن الخصوم لهم سلطات تختلف عن سلطات أول درجة، وأن قاضى ثانى درجة تختلف سلطاته عن سلطات قاضى أول درجة، بل أكثر من هذا فإن هذه الخصومة تخضع لمجموعة مبادئ عامة تختلف عن المبادئ العامة السائدة أمام أول درجة، لكل هذه الأسباب فخصومة ثانى درجة تعتبر جديدة بالنسبة للخصومة التى قامت أمام محكمة درجة. ومن جهة أخرى فإن الحكم الصادر من محكمة ثانى درجة هو حكم انتهائى فى جميع الأحوال. وله آثار متعلقة بقوته التنفيذية[٢]. وطرق الطعن التى يقبلها هذا الحكم تختلف عن طرق الطعن التى يقبلها الحكم الصادر من أول درجة[٣].

والواقع أن هذا الرأى رغم وجاهته، لا يحظى بتأييد غالبية الفقه فى فرنسا[٤]. ومن جانبنا فإننا نستطيع القول ببساطة أن خصومة ثانى درجة تعتبر هى بعينها خصومة أول درجة. والسبب فى ذلك يرجع إلى أن ذات

---

(١) R. Perrot. L'appel provoqué par l'appel principal .Colloque d'Aix- en provence. 1963 .p. 110 .

(٢) نبيل عمر ، إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية، ص ١٧٠ وما بعدها.

(٣) R.Perrat. op. Cit. Loc. Cit.

(٤) Vicent précis .p. 790 et s. et les références

الطلب القضائى السابق طرحه على أول درجة ، يعاد طرحه من خلال الحكم الصادر فيه أمام محكمة الدرجة الثانية . فموضوع هذا الطلب، وسببه، وأطرافه بصفاتهم القانونية، وهى التى تشكل العناصر المكونة للإدعاء الكامن فى هذا الطلب، هى التى يعاد طرحها مرة ثانية أمام محكمة الاستئناف. هذه العناصر يعاد طرحها على موجب التركيز النهائى الذى تم لها أمام محكمة أول درجة، وعلى أساس ما هو وارد فى الطلبات الختامية أمام هذه المحكمة. ومحكمة الاستئناف إذ تنظر ذات هذا الطلب، فى حدود ما نقل إليها بمقتضى الأثر الناقل للاستئناف، فإنها تنظر تلك العناصر الموجودة فى الطلب القضائى، فى ضوء مبدأ ثبات النزاع le principe d'immutabilité du litige ويقصد بهذا المبدأ أن هذه العناصر تتمتع بثبات مطلق أو نسبى، حسب المفهوم الذى يؤخذ به لهذا المبدأ فى تشريع معين، مما يكفل لمحكمة الاستئناف مكنة نظر عين النزاع السابق نظره أمام أول درجة. بل أن مقتضى قاعدة التقاضى على درجتين التى تحرم إبداء طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف، والمنصوص عليها فى القانون المصرى فى المادة ٢٣٥ تجعل هذه القاعدة متعلقة بالنظام العام، وتجعلنا نصر مرة أخرى على أن خصومة ثانى درجة هى ذات الخصومة السابق طرحها أمام محكمة أول درجة(١).

أما ما ذهب إليه الرأى السابق من القول بأن خصومة الاستئناف تعتبر خصومة جديدة اعتمادا على بعض المظاهر الشكلية، فهو قول غير صحيح ، فمن ناحية طبيعة الأشياء نفسها la force de choses فإن الطعن لابد أن يطرح أمام محكمة جديدة، وبإجراءات جديدة ، ويكون للحكم الصادر من محكمة الاستئناف آثارا وخصائص مختلفة عن الحكم الصادر من أول درجة. فخصومة الطعن رغم أنها ذات الخصومة التى

---

(١) راجع مؤلفنا فى سبب الطلب القضائى أمام محكمة الاستئناف ، منشأة المعارف، ص ١٥٠.

-وبالتفصيل : رسالتنا فى سبب الطلب القضائى – بالفرنسية ، ص ٢٥٠

سبق طرحها أمام أول درجة إلا أن القرار الصادر حاسما لـــها لابــد أن تكون له خصائص تختلف عن خصائص القرار الصادر من محكمـــة أول درجة.

والرأى الذى يرى أن خصومة ثانى درجة تعتبر جديـــدة بالنســبة لخصومة أول درجة، كان قد أبدى وجهة النظر هذه ليتوصل منــها إلـــى غاية عملية، وهى إفساح المجال لأعمال النظام القـــانونى للتدخـــل فـــى الخصومة بصدد خصومة ثانى درجة وذلك بالنســـبة لأشـــخاص ســبق ظهورهم أمام أول درجة. فهؤلاء الأشخاص بما أنهم كـــانوا قـــد ســبق ظهورهم أما أول درجة فإنهم لا يعتبرون من الغير بالنسبة لخصومة ثانى درجة،وبما أن النظام للتدخل لا يمكن استعماله إلا بواسطة أشخاص مـــن الغير، فذهب هذا الرأى إلى اعتبار خصومة ثانى درجة خصومة جديـــدة بالنسبة للخصومة الأولى، وبالتالى من سبق ظهوره أمـــام أول درجـــة، يعتبر من الغير بالنسبة لخصومة ثانى درجة، وبالتالى يستطيع التدخل فى هذه الخصومة الأخيرة(١).

وإذا ما انتهينا من اعتبار خصومة ثانى درجة ما هى إلا مرحلة من مراحل الخصومة الأصلية فإننا ننتقل الآن إلى معالجة الطعـــن المباشـــر بالاستئناف فى الأحكام الصادرة أثناء سير الدعوى.

المطلب الثالث

الطعن المباشر بالاستئناف فى الأحكام الصادرة أثناء سير الدعوى(م٢١٢)

١٦٨- تنص المادة ٢١٢ من قانون المرافعات المصرى على أنـــه: " لا يجوز الطعن فى الأحكام التى تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهى بها

---

(١) فارن فتحى والى، قانون القضاء المدنى، ص ٥٧٤.

الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة كلها، وذلك فيما عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبرى" .

نتناول فى هذا المطلب دراسة الأحكام التى تصدر أثناء سير الدعوى والتى يجوز الطعن فيها مباشرة، هذه الأحكام حسب نص المادة ٢١٢ هى الأحكام التى تنتهى بها الخصومة كلها. ثم نتناول فيما بعد، وفى نطاق ذات هذا المطلب، طائفة الأحكام التى نص القانون صراحة على قابليتها للطعن المباشر فيها بالاستئناف سواء كانت الخصومة كلها تنتهى بها أو لا تنتهى بها.

١٦٩- أولا: الأحكام الصادرة أثناء سير الدعوى والتى تنتهى بها الخصومة كلها.

هذه الأحكام تقبل الطعن المباشر فيها بالاستئناف. ويقصد بالطعن المباشر ذلك الطعن الذى من الممكن ولوجه دون انتظار الفصل النهائى فى موضوع الدعوى. وبمعنى آخر يقصد بالطعن المباشر فى مثل هذه الأحكام، قابليتها للطعن فيها فورا. ومسألة قابلية أو عدم قابلية الحكم الصادر أثناء سير الدعوى للطعن المباشر فيه بالاستئناف، يتوقف الأخذ فيها بحل معين، على ضوء السياسة التشريعية التى يراها المشرع.

فمن المعروف أنه قبل صدور الحكم المنهى للخصومة قد تصدر عديد من الأحكام الأخرى . هذه الأحكام بما أنها تصدر أثناء سير الدعوى، فقد تتعلق بالإجراءات أو بموضوع الدعوى. هذه الأحكام، هل يكون من الملائم الطعن فيها فور صدورها، أم أنه من الأفضل الانتظار حتى يصدر الحكم المنهى للخصومة ويطعن فيها مع الطعن فى هذا الحكم؟ الاختيار بين هذه الحلول هو مسألة تتعلق بالسياسة التشريعية، وهذه الأخيرة ترتبط بالعديد من الاعتبارات التى تخرج عن مجال هذه الدراسة.

ويضرب الفقه أمثلة لصعوبة الاختيار بين الحلول المطروحة في صدد هذه المسألة . فمثلا لو قلنا بجواز الطعن المباشر في كل حكم يصدر اثناء سير الدعوى ، دون اشتراط أن يكون هذا الحكم قد أنهى الخصومة كلها أو بعضها، فإن مثل هذا الاقتراح قد يؤدى إلى إلغاء الحكم المطعون فيه، فى الوقت الذى تستمر فيه الخصومة الأصلية التى قد يصدر فيها حكم آخر[1].

ومن جهة أخرى، فإن إلغاء هذا الحكم، الصادر أثناء سير الدعوى، قد يترتب عليه إلغاء أى حكم آخر تالى لهذا الحكم ويفترض صدوره- وليس هناك شك فى تعقيد مثل هذا الاختيار إذا ما قام المشرع بالاستقرار عليه كسياسة تشريعية لحل مشكلة الطعن فى الأحكام الصادرة أثناء سير الدعوى.

وقد يرى البعض، أنه من الممكن علاج هذه المساوئ،وذلك باقتراح جواز الطعن المباشر فى الأحكام الصادرة أثناء سير الدعوى، مع وقف الخصومة المطروحة أمام أول درجة إلى حين الفصل فى الطعن في الحكم غير المنهى للخصومة. مثل هذا الحل يؤدى إلى إضاعة الوقت والمصاريف، ولا يحل المشكلة . فهذا الحل يؤدى إلى تكرار وقف الخصومة بمناسبة الطعن فى كل حكم صادر أثناء سير الدعوى، وهذا ما لم يقل به أحد[2]. وأخذ المشرع المصرى بالحل الوراد فى المادة ٢١٢ من قانون المرافعات فنص على أن كل حكم غير منهى للخصومة لا يجوز الطعن فيه فورا، بل يمكن الطعن فيه فقط مع الحكم المنهى للخصومة.

وإذا كنا نعالج الآن الأحكام التى يجوز الطعن فيها بالاستئناف مباشرة رغم صدورها أثناء سير الدعوى، فإنه يهمنا الإشارة إلى أن هذه

(١) فتحى والى، المرجع السابق، ص ٥٦٥.
(٢) فتحى والى، المرجع السابق، ص ٥٩٥.

هى الأحكام التى تنهى بها الخصومة. فما هو المقصود بالخصومة التى تنتهى بهذا الحكم فى هذا الصدد، وذلك كمعيار لقابلية الحكم بالطعن المباشر فيه بالاستئناف.

يرى بعض الفقه فى مصر أن المقصود بالخصومة التى تنتهى كلها بصدور الحكم الفرعى تلك الخصومة التى تنتهى بالفعل بصدور الحكم. سواء أمام محكمة جزئية أو ابتدائية أو محكمة استئناف[1].

وذات هذا الرأى يعرف الخصومة بأنها الحالة القانونية التى تنتج عن مباشرة الدعوى، وهى مجموعة إجراءات تبدأ من وقت تقديم صحيفة الدعوى إلى قلم كتاب المحكمة وتنتهى بصدور الحكم فى الموضوع، وقد تنتهى بصدور حكم فرعى ينهى الخصومة، ولا ينهى النزاع على أصل الحق[2].

فالمقصود بالخصومة التى تنتهى فى معنى المادة٢١٢ من قانون المرافعات، هى الخصومة التى نشأت بمقتضى الطلب الأصلى أو التى تعدل نطاقها من حيث الموضوع أو السبب أو الأطراف،فهذه هى الخصومة التى تؤخذ فى الاعتبار عندما نقول أن الحكم الفرعى قد أنهى الخصومة، وبالتالى يكون قابلا للطعن المباشر فيه بالاستئناف[3].

وعلى ذلك فيخرج من هذا النطاق الحكم المنهى لأية مسالة فرعية ثارت أثناء الخصومة[4]. وينظر إلى الخصومة بمعناها الفنى أمام المحكمة التى يراد الطعن فى حكمها، وليس إلى النزاع فى مرحلة سابقة. وبناء على ذلك إذا حدث وصدر حكم فى شق من خصومة وطعن فيه، أو طعن فى جزء مما قضى به الحكم فى القضية ، فإن ولاية محكمة الطعن

---

(١) أبو الوفا ، الأحكام ، ص ٦٩٢.

(٢) أبو الوفا، الأحكام، ص ٦٩١.

(٣) أبو الوفا، الأحكامن ص ٦٩٥ ، فى هذا المعنى : فتحى والى، ص ٥٦٦.

(٤) نقض مدنى ١٩٦٨/٢/١ مجموعة النقض س ١٩ ،ص ١٨٤.

تنحصر فيما يطرح أمامها، ويكون هذا هو نطاق الخصومة لديها. فالحكم الصادر منها فى الطعن يعتبر منهياً لكل الخصومة[1].

وقضت محكمة النقض المصرية فى هذا المعنى أيضا، بأن الخصومة التى ينظر إلى انتهائها وفقا لنص المادة ٣٧٨ من قانون المرافعات السابق (٢١٢ جديدة) هى الخصومة الأصلية المنعقدة بين طرفيها، لا تلك التى تثار عرضاً بشأن مسألة فرعية أو دفع متعلق بإجراءات الدعوى، كالدفع بسقوط الخصومة[2].

وعلى ذلك ، فيذهب هذا الاتجاه إلى اعتبار أن المقصود بالخصومة فيما نحن بصدده تلك التى تنتهى بالفعل أمام المحكمة التى أصدرت الحكم وأن لم يترتب على ذلك الفصل فى أصل الحق موضوع الخصومة[3].

ومع ذلك قضت محكمة النقض المصرية، بأن الحكم الذى يقضى بإلغاء الحكم المستأنف وباختصاص المحكمة الجزئية بنظر الدعوى وبإحالة الأوراق عليها للفصل فيها هو حكم فرعى غير منهى للخصومة ولو فى بعضها ولا يقبل الطعن المباشر[4].

وينتهى هذا الاتجاه الفقهى بأن المقصود بالحكم المنهى للخصومة فى مفهوم المادة محل التعليق هو الحكم الذى يصدر فى موضوع الدعوى برمته، أو الحكم الذى ينهى الخصومة بغير حكم فى موضوعها[5]

١٧٠- وكان قد ثار فى الفقه والقضاء بصفة خاصة جدلاً واسعاً حول التساؤل عما إذا كان يقصد بالخصومة التى يتعين انتهائها كلها،

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٠/٢/١١ مجموعة النقض س ٢١ ص ٢٧٧.

(٢) نقض مدنى ١٩٦٨/٢/١ سابق الإشارة إليه .

(٣) عبد المنعم حسنى، ص ٨٠.

(٤) نقض مدنى ١٩٥٤/٥/١٣ مجموعة النقض س ٥ ص ٨٦١.

-نقض مدنى ١٩٦٠/٣/٣ مجموعة النقض س ١١ ص ٢٥٠

(٥) نقض مدنى ١٩٧٤/٥/١٩ طعن رقم ١٩٠ س ٣٩ ق.

الخصومة أمام درجة التقاضى التى صدر فيها الحكم، أم الخصومة فى درجتى التقاضى.

وتظهر أهمية هذا التساؤل فى الحالة التى يترتب فيها على الحكم الاستئنافى إنهاء الخصومة فى الاستئناف ولكنه لا ينهى الخصومة أمام محكمة أول درجة، كما لو كان الحكم الاستئنافى قد قضى فى الاستئناف بإلغاء حكم محكمة أول درجة وإعادة الدعوى إليها للفصل فى الموضوع. أو كما لو كان حكم محكمة أول درجة قد صدر فى شق من الموضوع وجاء قابلا للطعن المباشر فيه وفقا لنص المادة ٢١٢ ، فطعن فيه بالاستئناف ، إذ أن الحكم الصادر فى هذا الاستئناف لا ينهى الخصومة أمام محكمة أول درجة فى باقى الموضوع.

ويرى البعض أن مثل هذه الأشكال لم يكن موجود فى ظل المادة ٣٧٨ من قانون المرافعات القديم، حيث أن هذا النص كان يوجب الطعن المباشر فى كل حكم ينهى الخصومة كلها أو بعضها. أما المادة ٢١٢ من قانون المرافعات الحالى فقد منع الطعن فى الحكم الذى ينهى بعض الخصومة دون أن ينهى الخصومة كلها، ما دام ليس من الأحكام التى تقبل الطعن المباشر فى كل الأحوال[1].

ويرى هذه الفقه، أنه يظهر من اتجاه محكمة النقض أنها لا تجيز الطعن فى الحكم الاستئنافى إلا إذا كان منهيا للخصومة كلها أمام أول درجة ، فقد قضت بعدم جواز الطعن فى الحكم الذى يقضى بإلغاء الحكم الابتدائى فيما قضى به من قبول الطلب الأصلى، وبرفض هذا الطلب، وإعادة الدعوى لأول درجة للفصل فى الطلب الاحتياطى[2].وقضت هذه المحكمة أيضا بأن الحكم الذى يقضى بإلغاء الحكم الابتدائى فيما قضى به من عدم سماع الدعوى، وبسماعها، وإعادتها إلى محكمة أول درجة

---

(١) كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص ٤٠٦.

(٢) نقض مدنى ١٩٧٤/١٢/١١ طعن رقم ٣٨٩ س ٣٩ ق .

للفصل فيها، لا يعتبر منهيا للخصومة كلها أمام أول درجة[1].

١٧١-ومع ذلك فقد اعتبر البعض هذا الاتجاه من جانب محكمة النقض محل نظر. فالخصومة فى رأى هذا البعض هى مجموعة إجراءات ترمى إلى تحقيق الحماية القضائية بتطبيق القانون فى حالة معينة بواسطة القضاء. فالخصومة إذن تتمثل فى مجموعة الإجراءات التى تبدأ بإيداع صحيفة افتتاح الدعوى قلم الكتاب. وتنتهى بصدور الحكم الذى ينهى هذه الإجراءات، سواء كان حكما موضوعيا يحسم النزاع بين الطرفين، أو حكما فرعيا ينهى الخصومة وإن كان لا ينهى النزاع[2].

ويولد هذا الرأى من هذه المقدمات النتائج التالية:

إذا كانت الخصومة ، بناء على ما سبق شرحه ، تتميز عن النزاع، فليس من شك فى استقلال الخصومة أمام محكمة أول درجة عن الخصومة أمام محكمة ثانى درجة، وهو ما درجت عليه محكمة ثانى درجة من قبل حيث قضت بأن من لم يختصم فى الاستئناف من خصوم أول درجة يعد خارجا عن الخصومة فى الاستئناف ولا يحق له الطعن فى الحكم الصادر فيه[3].

والخلاصة حسب هذا الرأى، فإن المقصود بالحكم المنهى للخصومة كلها هو ذلك الذى ينهى إجراءات هذه الخصومة المطروحة على درجة التقاضى التى صدر فيها[4]. وبناء على ذلك فإذا طعن فى أحد الأحكام

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٦/٢/١٧ طعن رقم ٢٠ س ٤٢ ق.

(٢) كمال عبد العزيز، ص ٤٠٨.

(٣) نقض مدنى ١٩٧٠/٣/٣ مجموعة النقض س ٢١ ص ٣٨٩.

-نقض مدنى ١٩٧٠/٢/١١ مجموعة النقض س ٢١ ص ٢٧٧.

-نقض مدنى ١٩٦٨/٤/٢ مجموعة النقض س ١٩ ص ٧١٩.

-نبيل عمر ، النظرية العامة للطعن بالنقض فى المواد المدنية والتجارية ، ص ٣٠٠ وما بعدها.

(٤) كمال عبد العزيز ، ص ٤٠٨.

المنصوص عليها فى المادة ٢١٢ مرافعات بالاستئناف، فإن الخصومة فى الاستئناف تكون مقصورة على ما طعن فيه، ومن ثم فإن الحكم الاستئنافى الذى ينهى هذه الخصومة، يكون قابلاً للطعن فيه عملاً بالقواعد العامة فى الطعن باعتباره حكماً منهياً للخصومة كلها ولو لم يترتب عليه إنهاء ما تبقى أمام محكمة أول درجة من خصومة[1].

١٧٢- محكمة النقض، حسب ما سبق، تنظر إلى الخصومة المتولدة عن الطلب الأصلى لكى تسمح بقابلية الحكم الفرعى للطعن فيه بالاستئناف حسب نص المادة ٢١٢ من قانون المرافعات. فالحكم لا يعتبر، بمعنى آخر ، منهياً للخصومة ومن ثم لا يقبل الطعن المباشر- عدا ما استثنى من ذلك- على استقلال كلما استبقى ، سواء أمام المحكمة التى أصدرته أو أمام أية محكمة أخرى، جزاء لم يفصل فيه من الدعوى التى رفعت ابتداء أمام محكمة أول درجة بكامل نطاقها الذى يكون قد اتسع بما أبدى من طلبات عارضة أو حدث من تدخل أو إدخال أو ضم دعاوى[2].

وحينما صدر تعديل قانون المرافعات بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ فقد أضاف هذا التعديل إلى الأحكام القابلة للطعن المباشر طائفة جديدة وهى الأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة وأجاز الطعن المباشر فيها دون انتظار للحكم المنهى لكل الخصومة.

والتعديل بهذا قد حسم الجدل القائم فى الفقه حول اعتبار الحكم بعدم الاختصاص والإحالة بنهى أولا بنهى الحقوق أمام المحكمة التى حكمت به. ومن الواضح أن التعديل الجديد قد إنحاز إلى جانب الفقه الذى يرى أن الحكم بعدم الاختصاص والإحالة لا ينهى الخصومة المتولدة عن الطلب الأصلى لأنها تظل قائمة أمام محكمة الإحالة دون أن تنتهى إلا بالحكم الصادر منهيا لها من هذه الأخيرة, وهو ما قلنا به منذ عام ١٩٨٠

(١) كمال عبد العزيز ، ص ٤٠٨.

(٢) كمال عبد العزيز، ص ٤٠٩.

فى أول طبعة من هذا المؤلف ص ٢٤٤ حيث قلنا: " ... والواقع أن هذا الرأى الذى إرتأته محكمة النقض هو الذى يتسنى مع ما يراه جمهور الفقه" .

والواقع أن هذا الرأى الذى إرتأته محكمة النقض هو الذى يتمشى مع ما يراه جمهور الفقه، ومع ما يظهر من التحليل السابق لنا عرضه لفكرة الدعوى، ولفكرة الخصومة.

وقد سبق القول أن خصومة أول درجة ، هى بعينها الخصومة التى يعاد طرحها على محكمة الاستئناف عند الطعن فى الحكم الصادر من محكمة أول درجة بهذا الطريق. والاستئناف فى صحيح النظر ما هو إلا مرحلة من مراحل نظر ذات النزاع السابق طرحه على محكمة أول درجة، فهو ليس نزاعاً جديداً، فالطلبات الجديدة محرمة أمام محكمة الاستئناف(م ٢٣٥ مرافعات) وعدم قبول مثل هذه الطلبات هى مسألة متعلقة بالنظام العام ويستطيع القاضى إثارتها من تلقاء نفسه[(١)].

وقد سبق لنا القول أن الخصومة قد تقتضى أكثر من عمل تتابعى، وذلك فى حالة عرض النزاع أمام درجتين، فهنا تعتبر الخصومة عملاً تتابعياً مركباً، وينطوى هذا العمل على عمل تتابعى (الخصومة أمام أول درجة) وعمل تتابعى آخر(الخصومة أمام ثانى درجة)[(٢)].

فخصومة الاستئناف هى مرحلة من مراحل خصومة أول درجة، وبالتالى فالحكم الفرعى الذى يقبل الطعن المباشر بالاستئناف فى مفهوم المادة ٢١٢ من قانون المرافعات يجب أن ينهى الخصومة المتولدة عن الطلب الأصلى كلها، فإذا لم يكن كذلك، وإذا لم يكن داخلاً فى الحالات المستثناة والمنصوص عليها فى المادة ٢١٢، فإنه لا يجوز الطعن فيه

---

(١) نبيل عمر، سبب الطلب القضائى أمام محكمة الاستئناف، منشأة المعارف ص ١٢٠ وما بعدها.

(٢) فتحى والى، الرسالة ص ٣٠ وما بعدها.

بالاستئناف إلا مع الحكم المنهى للخصومة.

أما ما يراه البعض بأن خصومة الاستئناف هى خصومة مستقلة عن خصومة أول درجة ، وبالتالى يجب النظر إلى الحكم الصادر من محكمة الاستئناف على حدة، باعتباره صادر فى خصومة مستقلة، لمعرفة قابليته للطعن المباشر بالنقض أو عدم قابليته لذلك، فهذا ما نراه غير صحيح، بناء على الشرح السابق.

والواقع فإن المساوئ السابق لنا شرحها، حين عرضنا للحلول التى تعرض على السياسة التشريعية لاختيار معين بصدد هذه المشكلة، تجعلنا نفضل ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية، وهو ما يذهب إليه أيضا جمهور الفقهاء من أن الحكم المنهى للخصومة يقصد به الحكم الصادر موضوع الدعوى برمته، أو الحكم الذى ينهى كل الخصومة بغير حكم فى موضوعها.

وفى هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية بالآتى:" وحيث أن المادة ٢١٢ من قانون المرافعات القائم إذ نصت على أنه لا يجوز الطعن فى الأحكام التى تصدر اثناء سير الدعوى، ولا تنتهى بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة كلها وذلك فيما عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبرى، قد قصدت إلى أن الحكم المنهى للخصومة كلها هو ذلك الحكم الذى يصدر فى موضوع الدعوى برمته أو الحكم الذى ينهى الخصومة بغير حكم فى موضوعها ، ولما كان الحكم المطعون فيه لم يتناول إلا الفصل فى الإدعاء بالتزوير، برد وبطلان ورقة التخالص المطعون فيها، وكان هذا القضاء لا تنتهى به الخصومة الأصلية المرددة بين الطرفين، وهى النزاع حول الدين الذى يطالب به المطعون عليهم بل لا زال لمحكمة الدرجة الأولى بعد صدور الحكم المطعون فيه أن تستمر فى نظر ذلك الموضوع وهو مطروح عليها برمته ولما تفصل فيه- لما كان ذلك- فإن الحكم المطعون فيه وقد صدر أثناء سير الدعوى دون أن تنتهى به الخصومة

كلها، كما أنه لا يندرج تحت الأحكام الأخرى التى أجازت تلك المادة الطعن عليها استثناء، لا يجوز الطعن عليه استقلالا"[1].

بهذا نكون قد انتهينا من تحديد الخصومة الواجب النظر إلى انتهائها لمعرفة ما إذا كان الحكم الصادر أثناء سير الدعوى يقبل أو لا يقبل الطعن عليه بالاستئناف مباشرة دون حاجة لانتظار الطعن عليه مع الحكم النهائى.

ننتقل الآن إلى دراسة تطبيقية لهذه المسألة :

١٧٣- دراسة تطبيقية لكل ما سبق:

يلاحظ أن نص المادة ٢١٢ من قانون المرافعات قد ورد فى الفصل الأول الخاص بالأحكام العامة لطرق الطعن، وبالتالى فيعمل به بالنسبة لجميع طرق الطعن فى الأحكام سواء كانت عادية أو غير عادية.

وتطبيقا لذلك إذا صدر حكم من محكمة الدرجة الأولى باختصاصها بنظر الدعوى، أو بقبولها، أو برفض احتمالها إلى محكمة أخرى، أو برفض الدفع ببطلان صحيفتها، أو برفض الدفع بسقوط الحق بالتقادم، أو بقبول الطلب العارض ، أو التدخل، أو اختصام الغير، فإن الحكم فى جميع هذه الحالات يعد صادرا قبل الفصل فى الموضوع ولكن لا تنتهى به الخصومة[2] وبالتالى فلا يقبل الطعن المباشر.

أما إذا صدر الحكم بعدم اختصاص المحكمة،أو بعدم قبول الدعوى، أو ببطلان صحيفتها، فإن هذه الأحكام تنتهى بها الخصومة ، وإن كانت لا تنهى النزاع على أصل الحق، وتكون لهذا قابلة للطعن فيها مباشرة.وإذا رفع الطعن فإن الخصومة فيه، إعمالا للأثر الناقل للاستئناف، تكون مقصورة على المسألة الفرعية المتعلقة بالاختصاص أو القبول أو

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٤/٥/١٩ طعن رقم ١٩٠ س ٣٩ ق.

(٢) عبد المنعم حسنى، ص ٨٠

البطلان. وبمعنى آخر فإن موضوع الطعن يقتصر على مسألة كانت تعد فرعية أمام محكمة الدرجة الأولى فيكون الحكم فيها- بالتأييد أو الإلغاء- بمثابة حكم صادر في صميم طلبات الخصم الأصلية التي رفع الطعن من أجلها[1].

أما إذا صدر حكم بعدم الاختصاص والإحالة فإنه لا يعتبر منهياً للخصومة.

مثل هذا الحكم يكون قد أنهى الخصومة أمام المحكمة التي أصدرته ولكن إجراءات الخصومة تبقى مستمرة أمام المحكمة المحال إليها الخصومة ، والدليل على أن الأمر يتعلق بنفس الخصومة أنها تنتقل إلى المحكمة المحال إليها بحالتها. ولهذا فإن الحكم بعدم الاختصاص والإحالة لا يقبل الطعن المباشر[2].

ويعتبر أيضا منهياً للخصومة الحكم الاستئنافي الصادر بتأييد ما قضى به حكم أول درجة من تخفيض الأجرة[3].

وإذا تعددت الطلبات في الدعوى مع استقلالها عن بعض كافة عناصرها، فإن الحكم المنهي للخصومة في إحداها يقبل الطعن فيه على استقلال ولو صدر قبل الفصل في الطلبات الأخرى[4]. اما إذا افتقدت هذه الطلبات المتعددة صفة الاستقلال، فإن العبرة فيما نحن بصدده تكون بصدور الحكم المنهي للخصومة ، كلها بما تضمنته من طلبات أصلية وحسبما تعدل من نطاقها موضوعاً أو سبباً أو أطرافاً عن طريق إبداء الطلبات العارضة[5].

---

(١) عبد المنعم حسني، ص ٨٠

(٢) نقض مدني ١٩٧٢/٤/٦ مجموعة النقض س ٢٣ ص ٦٥٧ .

(٣) نقض مدني ١٩٧٧/٥/٢٥ طعن رقم ١٦٤ س ٤١ ق.

(٤) نقض مدني ١٩٧٦/٦/٢٨ طعن رقم ٢٩٠ س ٤٣ ق.

(٥) كمال عبد العزيز، ص ٤٠٦.

وإذا تضمن الحكم الصادر أثناء نظر الدعوى نوعين من القضاء أحدهما يقبل الطعن المباشر،والآخر لا يقبله،فإن المحكوم عليه لا يملك الطعن المباشر إلا بصدد الحكم الأول،وإذا كان بين القضاءين رباط لا يقبل التجزئة،وكان الطعن فى الشق الأول يستلزم حتما بحث الشق الآخر، فمن الواجب الطعن فى الحكم بشقيه فور صدوره(١).

والحكم الذى ينهى الخصومة يقبل الطعن المباشر، ولو لم يكن قابلا للتنفيذ الجبرى، وإذا أقيم تظلم من وصف الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى عملا بالمادة ٢٩١ من قانون المرافعات، بطلب تنفيذ الحكم أو عدم تنفيذه، فإن الحكم الصادر من محكمة الاستئناف فى هذا التظلم يقبل الطعن المباشر بالنقض، لأن الخصومة فى التظلم تنتهى بصدوره ، هذا فضلا عن أن هذا الحكم يعتبر حكما وقتيا يقبل الطعن المباشر عملا بالمادة ٢١٢(٢).

ويشترط من جهة أخرى فى الحكم المنهى للخصومة كلها، والذى يقبل الطعن المباشر، أن ينهى هذه الخصومة بالنسبة لجميع أطرافها، فالحكم الذى ينهى الخصومة بالنسبة إلى بعض الخصوم، بحيث تبقى معلقة بالنسبة إلى البعض الآخر، لا يقبل الطعن المباشر، فالحكم بعدم قبول التدخل عملا بالمادة ١٢٧، أو الحكم بعدم قبول اختصام الغير عملا بالمادة ١٢٠، فهذا الحكم أو ذاك ينهى الخصومة بالنسبة للمتدخل أو المختصم وحده، دون باقى خصوم الدعوى الأصليين ، وبالتالى لا يقبل الطعن المباشر(٣).

١٧٤- وقد أثار الفقه بهذا الصدد مسألة هامة خاصة بالفرض التالى:

---

(١) أبو الوفا. الأحكام، ص ٦٨٨.

(٢)أبو الوفا. الأحكام، ص ٦٩٣.

(٣)أبو الوفا. الأحكام، ص ٦٩٦.

قد تصدر المحكمة أحكاماً فرعية أو موضوعية بعد صدور الحكم المنهى للخصومة بالنسبة إلى أطرافها الأصليين. مثل ذلك ما إذا أرجأت المحكمة الفصل فى طلب التدخل أو الفصل فى طلب الاختصام إلى ما بعد الحكم فى الدعوى الأصلية عملاً بالمادة ١٢٧ أو المادة ١٢٠، فتقضى بعد الحكم فى الدعوى الأصلية، بقبول التدخل أو الاختصام، أو بعدم قبوله، أو تقضى فى موضوع التدخل أو اختصام الغير. والسؤال هنا هو هل يجوز المباشر فى الحكم المنهى للخصومة بالنسبة إلى أطرافها الأصليين ، على تقدير أن صدور الحكم بعدئذ فى التدخل، أو اختصام الغير لا يغنى عن هذا الطعن المباشر ، إذ لا يجوز هذا الطعن إلا بصدور الحكم المنهى للخصومة كلها عملاً بالمادة ٢١٢؟.

يرى فريق من الفقه، ونحن معه على ضوء الشرح السابق، أن نص المادة ٢١٢ من قانون المرافعات يوجب عدم جواز الطعن المباشر فى أى حكم يصدر أثناء نظر الدعوى ما لم ينه الخصومة بأكملها.

وذلك دون الاعتداد بانتهائها بالنسبة لخصم ما، أو بالنسبة إلى طلب ما، أو بالنسبة إلى محكمة ما(١). وننتقل الآن إلى دراسة الطائفة الثانية من الأحكام من الأحكام التى تقبل الطعن المباشر بالاستئناف سواء انتهت أم لم تنهى الخصومة(٢).

---

(١) أبو الوفا، الأحكام ص ٦٩٧.

(٢) وقد أشار البعض إلى أن نص المادة ٢١٢ من قانون المرافعات قد قلل إلى حد كبير من الجدل الذى كان سائداً فى الفقه فى ظل النص السابق(م ٣٧٨)، وكان الراجح قد انقسم فى هذا الخصوص، فقال البعض أن مثل هذا الطعن لا يمنع المحكمة من الاستمرار فى نظر الدعوى الأصلية، فى حين ذهب البعض الآخر إلى وجوب وقف السير فى الدعوى إذا كان الحكم المطعون فيه يعد مسألة أولية بالنسبة لموضوع الدعوى. وكان المستقر لدى الجمهور أن هذه المسألة متروكة لمطلق السلطة التقديرية للمحكمة إعمالاً لنص المادة ١٢٩ من قانون المرافعات الحالى، كمال عبد العزيز، ص ٤١٠.

١٧٥- ثانيا: الأحكام التى يجوز الطعن فيها بالاستئناف بالمخالفة لمصدر المادة ٢١٢ من قانون المرافعات.

١-تنص المادة ٢١٢ من قانون المرافعات المصرى فى نهايتها على أن : "…. وذلك فيما عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبرى" . من نص هذه المادة نستطيع القول أن المشرع المصرى لم يشترط بالنسبة لهذه الأحكام، وحتى يمكن الطعن فيها مباشرة بالاستئناف أن تكون قد أنهت الخصومة كلها. وبناء عليه، فهذه الأحكام إذا صدرت ، وحتى إذا بقيت الخصومة قائمة أمام المحكمة التى أصدرتها، فإنه يكون من الجائز الطعن فيها فوراً بالاستئناف، ودون انتظار لصدور الحكم المنهى للخصومة. وقد سبق لنا استعراض الطعن بالاستئناف فى الأحكام المستعجلة حين عالجنا الأحكام التى يجوز الطعن فيها بالاستئناف بغض النظر عن قاعدة النصاب.

ونعود الآن لمعالجة نفس هذه الطائفة من الأحكام المستعجلة من زاوية قابليتها للطعن فيها مباشرة ودون انتظار لصدور الحكم المنهى للنزاع.

والأحكام المستعجلة هى الأحكام التى تصدر فى مادة مستعجلة، لمواجهة خطر داهم يلحق المراكز القانونية المتعلقة بأصل الحق. وسلطة القاضى التقديرية بصدد هذه المادة المستعجلة واسعة فهو الذى يقدر عنصر الاستعجال وأهميته، وهو الذى يراعى عدم المساس بأصل الحق، وليس هنا مجال الدراسة المستفيضة للأحكام المستعجلة، فمكان مثل هذه الدراسة تنفرد به أبحاث أخرى(١).

وكل حكم يصدر من القاضى المستعجل- أيا كان هذا القاضى- لمواجهة خطر الاستعجال بإجراء وقتى لا يمس اصل الحق، يعتبر فى

---

(١) أمينة النمر. مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة، رسالة،ص ١١٨.
- أبو الوفاء، التعليق، ص ٦٢٠ ، أبو الوفاء، الأحكام ص ٦٨٠.

صحيح النظر حكما مستعجلا ويخضع في جواز استئنافه في جميع الأحوال للمادة ٢٢٠ من قانون المرافعات، كما يخضع في جواز استئنافه مباشرة للمادة ٢١٢ محل التحليل الحالي . كما يلاحظ البعض بحق أن نص المادة ٢٢٠ من قانون المرافعات لا يغني عن نص المادة ٢١٢ من هذا القانون فكل منهما- كما سبق القول- تواجه حالة مختلفة.

ومثال الأحكام المستعجلة الأحكام الصادرة في إشكالات التنفيذ الوقتية[١].

وجواز الطعن المباشر في هذه الأحكام معناه الطعن فيها فورا دون أن يكون المحكوم عليه ملزما بانتظار الفصل في الموضوع. والعلة التي يراها جمهور الفقه في ذلك هي أن هذه الأحكام المستعجلة لها كيان مستقل خاص بها لا يصح معه تعليق الطعن فيها هي على الحكم في الموضوع. وهذا الكيان المستقل قد يكون له أثرا بالغ على مصالح الخصوم. هذا الأثر يحث على فتح باب الطعن أمامهم مباشرة في هذه الأحكام لحماية مصالحهم.

ومن جهة أخرى فإنه لا ينبني على الطعن في هذه الأحكام تقطيع أوصال القضية الواحدة، أو تعطيل الفصل في موضوعها الذي لا يتأثر الحكم فيه بتلك الأحكام[٢]. والواقع أنه في رأينا يرجع السبب المباشر في إجازة الطعن فورا في الأحكام المستعجلة إلى أن هذه الأحكام تنتهي بها الخصومة التي تنقضي بصدور الحكم المستعجل، أيضا فهذه الحكام تصدر في دعوى تسمى دعوى مستعجلة، هذه الأخيرة لها سبب وموضوع يختلف عن النزاع المتعلق بأصل الحق، هذا يصدق على هذه الأحكام حتى ولو صدرت من محكمة الموضوع. لهذا فإن الطعن المباشر فيها بالاستئناف إلى القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ٢١٢، لماذا؟

(١) نبيل عمر، إجراءات التنفيذ، ص ١٨٠ .

(٢) عبد المنعم حسني، ص ٨٨.

لأنها أحكام تنتهى بها الخصومة المستعجلة المتولدة عن الطلب الأصلى المستعجل، لهذا لم يكن المشرع موفقا فى إيراد هذا الاستثناء ، لسبب بسيط وهو أننا نكون فى نطاق أعمال القاعدة العامة المنصوص عليها فى صدر المادة ٢١٢ .

وفى هذا المعنى تقول محكمة النقض المصرية أن الحكم الوقتى (تقصد المستعجل) لا يقيد محكمة الموضوع فلا يمكن أن يقع تناقض بين الحكم الوقتى والحكم الذى يصدر فى موضوع النزاع(١).

وبالنسبة لبعض الفقه الذى لا زال يرى أن إجازة الطعن المباشر فى الأحكام المستعجلة ما هو إلا استثناء من نطاق المادة٢١٢، علىعكس الذى نراه وسبق التنويه عنه(٢)، يقول هذا الفقه: " هذا وقد يقوى من دواعى الاستثناء بالنسبة للأحكام المستعجلة أنه لا يفيد تعليق الطعن فيها على صدور الحكم المنهى للخصومة كلها، فقد يكون هذا الحكم غير قابل للاستئناف بحسب موضوعه أو قيمته أو نص القانون، فى حين أن الأحكام المستعجلة قابلة باستمرار للاستئناف عملا بالمادة ٢٢٠ من قانون المرافعات، وينتهى هذا الرأى إلى القول : "ومن ثم لا تبدو أية فائدة من تعطيل الطعن فيها"(٣). ونحن نرفض هذا النظر ، كما نرفض نظر جمهور الفقه فى هذا المجال، فالأحكام المستعجلة ، لها ، فعلا، كيان خاص. فهى تصدر فى خصومة مستقلة عن خصومة الحق. ولها سبب وموضوع وآثار وأهداف مستقلة عن خصومة أصل الحق. وهى أحكام تنهى خصومة معنية هى الخصومة المستعجلة أيا كان القاضى الذى ينظر هذه الخصومة، وبالتالى فهى تخضع للقاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة ٢١٢ من قانون المرافعات التى لا تجيز الطعن فى الأحكام الفرعية

---

(١) نقض مدنى ١٩٧١/٤/٢٣ مجموعة النقض س ٢٢ ص ٥٤٦.

(٢) وجدى راغب، مبادئ القضاء المدنى، ط١ ص ٤٨٥، عبد المنعم حسنى ص ٨٨ أمينة النمر، رسالة،ص ١١٨، أبو الوفا . الأحكام ، ص ٧٠٠.

(٣) عبد المنعم حسنى، ص ٨٩.

٢١٢ من قانون المرافعات التى لا تجيز الطعن فى الأحكام الفرعية إلا إذا كانت منهية للخصومة كلها.

وحتى فى نطاق الرأى المخالف لنا، فإن ما ذهب إليه هـذا الفقـه مرفوض أيضا لدينا؟ لأنه فى هذه الحالة السابق شرحها، يحصر نفسه فى الحالة التى يصدر فيها الحكم المستعجل مـن المحكمـة التـى تنظـر الموضوع. وهو إذ يفعل ذلك يخصص المادة ٢١٢ بغير مخصص.

والأحكام المستعجلة التى يجوز الطعن فيها مباشرة بالاستئناف هـى الأحكام التى تثبت لها هذه الصفة، أيا كان القاضى الذى أصدرها، سـواء كان قاضى الأمور المستعجلة، أو محكمة الموضوع، أو أى قاضى يفصل فى النزاع بوصفه قاضيا للأمور المستعجلة[١].

١٧٦-٢- الأحكام الوقتية:

يميز الفقه الغالب بين الأحكام الوقتية، والأحكام المستعجلة، ويـرى فيهما شيئان مختلفان[٢]. وقبل أن نعرض لهذا التمييز ومدى صحته نـود الإشارة إلى أن المادة ٢١٢ من قانون المرافعات تنص فى نهايتها علـى جواز استئناف الأحكام الوقتية مباشرة حتى ولو لم تكن منهية للخصومـة. يرى الجمهور أن الطلب الوقتى يرمى إلى الحصول على حكـم بـهدف اتخاذ إجراء تحفظى أو وقتى -رغم اتحادهما فى الغاية- بتوافر عنصـر الاستعجال. ويرى الجمهور أن كل طلب مستعجل هو طلب وقتى ، فـى حين أن العكس ليس صحيحا[٣]. وحسب هذا الرأى ، فإن الطلبات الوقتـى والمستعجل يشتركان فى عدم المساس بأصل الحق، وهمـا لا يجـوزان حجية أمام قضاء الموضوع، والسبب فى ذلك واضح فالطلب المسـتعجل

---

(١) أبو الوفا، الأحكام ، ص ٧٠٢.

(٢)أبو الوفا، الأحكام ، ص ٧٠٢. أمينة النمر، رسالة ، ص ١١٨ ، كمال عبد العزيز ، ص ٤١٠ ، عبد المنعم حسنى ، ص ٨٨.

(٣) راتب ونصر الدين فى قضاء الأمور المستعجلة ط ٥ ، ص ٣٢٠.

والطلب الوقتى يقومان على سبب وموضوع مختلفان عن سبب وموضوع الطلب المتعلق بأصل الحق، وإذا تركنا جانبا مقارنة هذه الطلبات بالطلبات الموضوعية ، فننا نجد فروقا أخرى- حسب رأى الجمهور- بين الطلب الوقتى والطلب المستعجل. فمن حيث الاختصاص لا يختص القاضى المستعجل إلى بنظر الطلبات التى يتوافر فيها الاستعجال فقط، فهو لا يختص بنظر الطلبات الوقتية.

كما أن الطلب المستعجل وحده هو الذى يجب أن يودع طالبه مذكرة بدفاعه ويرفق بها مستنداته قبل الجلسة المحددة بثلاثة أيام، وهو وحده الذى يكون ميعاد الحضور فيه أربعا وعشرون ساعة، ويمكن نقصه من ساعة إلى أخرى.

والطلب المستعجل وحده هو الذى يعفى فيه المدعى من إعادة إعلان خصمه الغائب الذى لم يعلن لشخصه، والطلب المستعجل وحده هو الذى لا يجب تدخل النيابة العامة فيه(١).

ويؤيد هذا الرأى وجهة نظره فى صدد اختلاف الطلب الوقتى عن الطلب المستعجل ، بأن نص المادة ١٢٤ من قانون المرافعات تجيز للمدعى أن يتقدم بطلب الأمر بإجراء تحفظى أو وقتى فى صورة طلب عارض، وينتهى من ذلك إلى أن المشرع قد عقد الاختصاص بنظر الطلب المستعجل إلى قاضى الأمور المستعجلة، وأجاز رفع الطلب الوقتى على سبيل التبع لدعوى الموضوع أمام محكمة الموضوع.

وينتهى هذا الرأى إلى القول، بأننا نكون فى نطاق استثناء حقيقى، فيما يتعلق بالطعن المباشر فى الأحكام الوقتية بالاستئناف، حيث لم يشترط المشرع أن تكون هذه الأحكام منهية للخصومة(٢).

---

(١) كمال عبد العزيز، ص ٤١١.

(٢) كمال عبد العزيز، ص ٤١١.

ويستدل هذا الرأى ، لاسناد قوله، بأن الطلـــب الوقتـــى والحكــم الصادر فيه يخضع للقواعد التى تخضع لها سائر الطلبات الموضوعيـــة، والأحكام الصادرة فيها، ما لم يرد نص خاص، بحكم خاص يلحقه بالطلب المستعجل والحكم الصادر فيه.

ورغم وجاهة هذا الرأى إلا أننا نختلف معه، ونـــرى أن الأحكــام الوقتية تعتبر أحكاما مستعجلة، ولها كيان مستقل لقيامـــها علـــى ســبب وموضوع يختلف عن سبب وموضوع النزاع المتعلــق بـأصل الحــق. وبالتالى فهى تصدر فى خصومة وقتية خاصة بها. وبصدورها تستنفذ هذه الخصومة لأنها بصدور الحكم الوقتى تكون قد قامت بمهمتها خير قيـــام، وبصدور الحكم الوقتى يعتبر هذا الحكم قد أنـــهى خصومتـــه، وبالتـــالى فقابليته للطعن المباشر هو تطبيق للقاعدة الواردة فى المـــادة ٢١٢ مـــن قانون المرافعات وليس، فى رأينا ، مجرد استثناء يرد عليـــها. ولشـــرح وجهة نظرنا فإننا نقول:

المشرع المصرى لم يميز بيـــن الأحكـــام الوقتيـــة Provisoires والأحكام المستعجلة jugements en référé. وفى هذا الصدد نذكر نـــص المادة . ويرى بعض الفقه أن نص المادة ٢١٢ من قـــانون المرافعـــات يشمل الأحكام المستعجلة باعتبارها أحكام وقتية، فما كان المشرع بحاجـــة لذكر " الأحكام المستعجلة" (١). ويرى البعض أيضا أن كل حكم مســتعجل هو حكم وقتى. ونحن نرى أن العكس أيضا صحيح ، فلكل حكم وقتى هو حكم مستعجل. وفى هذا المعنى أيضا تقول محكمة النقـــض أن الأحكـــام التى تصدر من قاضى الأمور المستعجلة هى أحكام وقتية بطبيعتها(٢).

وحتى فى نطاق الرأى الذى يميز بين الحكم الوقتى والحكم

---

(١) عبد المنعم حسنى، ص ٩٧

(٢) نقض مدنى ١٩٥٤/٣/١١ مجموعة النقض س ٥ص ٦١٥.

المستعجل[1]، فإننا نرى البعض منه يقول : إن المشرع قد أجاز الطعن مباشرة فى الأحكام الوقتية لأن لهذه الأحكام كيانا مستقلا ، فهى تتعلق بموضوع مستقل عن الدعوى الأصلية، والعدالة تقتضى الطعن مباشرة فى مثل هذا الحكم، كما يراعى أن استئناف الحكم الوقتى لا يؤدى إلى تأخير الفصل فى الدعوى ، المتعلقة بأصل الحق ، فلا يمنع من استمرار نظرها وإصدار حكم فيها[2].

وفى رأينا أن التحليل السابق لنا إبداؤه، يرجح هذا التحليل والسبب فى ذلك هو استقلال الطلب الوقتى عن الطلب الأصلى فيما يتعلق بالموضوع والسبب ، والسبب فى ذلك أيضا هو استقلال خصومة الطلب الوقتى عن خصومة الطلب الأصلى ، والسبب فى ذلك أيضا هو أن الحكم الوقتى بمجرد صدوره يعتبر منهيا للخصومة الوقتية التى تولدت بمناسبته فقابلية الطعن المباشر فى الحكم الوقتى يعتبر فى رأينا ــ مرة أخرى ــ ما هو إلا تطبيق للقاعدة العامة المنصوص عليها فى صدر المادة ٢١٢ من قانون المرافعات ، ولا يعتبر استثناء واردا عليها ، وما كان المشوع ــ بالتالى ــ وكما هو الحال بالنسبة للأحكام المستعجلة بحاجة إلى النص علي[3].

١٧٧ – ٣ – الأحكام الصادرة بوقف الدعوى:

نصت المادة ٢١٢ من قانون المرافعات فى نهايتها على جواز الطعن فى الأحكام الصادرة بوقف الدعوى مباشرة بالاستئناف.

ومن المعروف أن وقف السير فى الخصومة فى قانون المرافعات له أنوع متعددة يقسمها الفقهاء بحسب سبب الوقف. فوقف الخصومة قد

---

(١) أبو الوفا، الأحكام، ص ٧٠٢.

(٢) أبو الوفا، الأحكام، ص ٧٠٢.

(٣) نبيل عمر ، إجراءات التنفيذ ، المرجع السابق. ص ٢٥٠.

– نبيل عمر ، دراسات فى فلسفة قانون المرافعات ، ص ١٣٠.

يتم بقوة القانون ، مثال ذلك ما تنص عليه المادة ١٦٢ من قانون المرافعات من أن تقديم طلب الرد يوقف الدعوى الأصلية إلى أن يحكم فيه نهائيا. وقد يرجع الوقف إلى اتفاق الخصوم كما هو الحال في المادة ١٢٨ من قانون المرافعات. وقد يكون سبب الوقف هو أعمال بعض الجزاءات التي تراها المحكمة ضرورية لحسن سير العدالة كما هو الحال في المادة ٩٩ من قانون المرافعات. وقد يرجع أخيرا سبب الوقف إلى تقدير المحكمة بأن الفصل في النزاع المطروح عليها يستوجب الفصل أولا في مسألة يترتب على الفصل فيها حسم النزاع المطروح عليها. كما هو الحال في وقف الخصومة لحين الفصل في مسألة أولية تخرج عن الاختصاص النوعي للقاضي المطروح عليه النزاع.

والحكم الصادر بوقف الخصومة يعتبر حكما قطعيا فيما يتصل فيه من وقف الخصومة ، وهو يعتبر أيضا حكما صادرا أثناء سير الدعوى ، ولا تنتهي به الخصومة حقا.

ولما كانت الخصومة المحكوم بوقفها لا تنتهي ما دام الوقف مازال قائما، فإنه من غير المعقول حرمان طالب الحماية القضائية من هذه الحماية بإلزامه بانتظار نهاية الخصومة لكي يمكنه الطعن في حكم الوقف. فضلا عن أن الطعن في الأحكام الصادرة بالوقف لا يمزق الخصومة ولا يؤثر في سيرها تأثيرا سلبيا ، بل على العكس فإن إلغاء حكم الوقف يؤثر في سير الخصومة تأثيرا إيجابيا.

والأحكام الصادرة في طلب الوقف يراعى في تقدير نصاب استئنافها قيمة الدعوى عملا بالمادة ٢٢٦ ، بمعنى أنها لا تقبل الاستئناف المباشر إلا إذا كانت قيمة الدعوى مما يجوز استئناف الأحكام الصادرة فيها ، وذلك إعمالا للمادة ٢٢٦ السابق شرحها[1].

ويلاحظ أن إجازة الاستئناف المباشر للأحكام الصادرة بوقف

---

(١) أبو الوفا ، الأحكام ، ص ٧٠٢ ، عبد المنعم حسني ، ص ٩١ .

الخصومة قاصر على الأحكام الصادرة بالوقف فقط ، وبالتالى فهذا الاستثناء لا يمتد إلى الحكم الصادر برفض طلب الوقف الذى لا يقبل الطعن المباشر[1].

والواقع أن المشرع قد وفق فى منع الطعن المباشر فى الأحكام التى ترفض الإيقاف. فهذه الأحكام ليست لها خطورة الأحكام التى تقرر الإيقاف ، ولا يترتب عليها نفس النتائج ، إذ يكون للمحكوم عليه بالحكم بعدم الإيقاف فرصة الطعن فى الحكم فى الموضوع ،وإعادة طلب الإيقاف أمام محكمة الطعن[2].

١٧٨ – ٤ – الأحكام القابلة للتنفيذ الجبرى:

ويقصد بهذه الأحكام التى تقبل الطعن المباشر بالاستئناف ، بغض النظر عما إذا كانت تنهى أو لا تنهى الخصومة أمام المحكمة التى أصدرتها ، أحكام الإلزام الموضوعية التى تفصل فى شق من الموضوع متى كانت مشمولة بالنفاذ المعجل. مثال ذلك إذا طلب شخص إلزام المستأجر بالأجرة والتعويض ، فصدر الحكم بإلزام هذا المستأجر بالأجرة وكان هذا الحكم مشمولا بالنفاذ المعجل ، أو صادرا فى حدود النصاب الانتهائى[3] ، فهو هنا يقبل الطعن المباشر بالنقض.

يشترط إذا فى الأحكام القابلة للتنفيذ الجبرى ، أن تكون فاصلة فى أحد الطلبات أو فى جزء من الطلب. وعلة هذا الاستثناء هو أن انتظار الحكم المنهى يضر بالمحكوم عليه بالحكم غير المنهى ، إذ يتعرض فورا لتحمل إجراءات التنفيذ الجبرى[4].

---

(١) كمال عبد العزيز ، ص ٤١٢ ، نقض مدنى ١٩٥٣/٥/٢١ مجموعة النقض ص ٤ ص ١٠٤٤ .

(٢) أبو الوفا ، الأحكام ، ص ٧٠٢ .

(٣) وجدى راغب ، المرافعات ، ص ٤٨٠ .

(٤) فتحى والى ، قانون القضاء المدنى ، ص ٥٦٨ .

أما الأحكام المقررة سواء كان التقرير ايجابيا أو سلبيا ، والأحكام المنشئة فإنها لا تعتبر سندات تنفيذية لعدم احتوائها على عنصر الإلزام الذى يجعلها قابلة للتنفيذ الجبرى ، وعلى ذلك فلا يجوز الطعن فى مثل هذه الأحكام إلا مع الحكم المنهى للخصومة[1]. وبناء على ذلك فالحكم الابتدائى ولو كان حكما بإلزام لا يقبل الطعن المباشر فيه بالاستئناف ، طالما أن الخصومة لا تنتهى به ، مالم يكن هذا الحكم مشمولا بالنفاذ المعجل.

الأحكام القابلة للتنفيذ الجبرى إذن يجوز الطعن فيها مباشرة بالاستئناف حتى ولو لم تنتهى بها الخصومة. ويجب الطعن فورا فى هذه الأحكام فى الميعاد الخاص بها ، وإلا سقط الحق فى الطعن فيها. وإذا سقط الحق فى الطعن فيها فلا يجوز ، بعد ذلك أن يطعن فيها بعد صدور الحكم المنهى للخصومة فى يعاد الطعن الخاص بهذا الحكم[2]. ويلاحظ أن العبرة فى تحديد طبيعة الحكم من حيث قابليته أو عدم قابليته للتنفيذ الجبرى تكون بالنظر إليه وقت صدوره لا فى تاريخ لاحق[3].

ويرى البعض أنه بما أن العلة فى إباحة الطعن المباشر فى الأحكام القابلة للتنفيذ الجبرى هى إتاحة الفرصة لإيقاف تنفيذها. ولأن النظام بصفة عامة يتعين أن يعمل به فى الحدود التى يقتضيها الغرض منه، فإنه إذا قضت محكمة الطعن بإيقاف تنفيذ الحكم المطعون فيه ، فلا محل لاستمرارها فى نظر موضوع الطعن لما فى ذلك من تجاوز لحكمة الاستثناء وما تقتضيه من ضرورة بالطعن عند الحد الذى يحقق غرض المشرع[4].

---

(١) فتحى والى ، المرجع السابق ، ص ٥٦٨ .

(٢) نقض مدنى ١٩٧٠/٣/١٢ مجموعة النقض س ٢١ ص ٤٢٥ .

(٣) عبد المنعم حسنى ، المرجع السابق. ص ٩١.

(٤) عبد المنعم حسنى ، ص ٩٢.

١٧٩ – مفهوم هذا الرأى باختصار أن الأحكـــام القابلـــة للتنفيـــذ الجبرى يجوز الطعن فيها مباشرة بالاســـتئناف ، رغـــم أنـــها لا تنـــهى الخصومة ، وفقا للمادة ٢١٢ مرافعات. وإذا ما طعن فيها بالاســـتئناف ، فإنه حسب هذا الرأى ، يتعين على حكمة الاســـتئناف أن تقتصـــر علـــى مسألة وقف تنفيذ هذا الحكم فقط ، دون أن تتعرض لتناول الموضوع. لأن فى ذلك مراعاة لحكمة الاستثناء ، وما تقتضيه من اعتبارات . هل هـــذا صحيح ؟ هل هذا منطقى ؟ لا أعتقد ذلك.

فالحكم الصادر قبل الفصل فى الموضوع بإلزام إذا كان مشمـــولا بالنفاذ المعجل ، يجوز الشروع فى التنفيذ بمقتضاه ، رغم أنـــه لا ينـــهى الخصومة ، حسب نص المادة ٢١٢ من قانون المرافعات . وحسب هـــذه المادة أيضا يجوز الطعن فيه بالاستئناف فورا ، وفى الاســـتئناف يوجـــد طلبين : الأول طعن موجه للحكم ، والثانى بالضرورة طلب موجه لقوتـــه التنفيذية يهدف إلى وقف تنفيذ هذا الحكم مؤقتا ـــ التأقيت هنا يرجع إمـــا إلى انتظار الفصل فى موضوع الطعن المطروح أمام محكمة الاســـتئناف عملا بالمادة ٢٩٢ من قانون المرافعات[١]. فحسب هذه المادة (م ٢٩٢) لا يتصور طلب وقف التنفيذ فقط من محكمة الاستئناف. فلابد للتوصـــل إلى ذلك من الطعن فى الحكم المشمول بالنفاذ المعجـــل بالاســـتئناف ثـــم يطلب بهذه المناسبة من محكمة الاستئناف وقف تنفيذ هذا الحكم ، وعلـــى محكمة الاستئناف أن تجيب الطالب إلى وقف التنفيذ أو عدم وقفـــه قبـــل الفصل فى موضوع الطعن. لأنه بعد الفصل فى هذا الموضوع نكون إزاء حكم انتهائى صادر من محكمة الاستئناف ، وقابل للتنفيذ الجبرى حســـب القواعد العامة[٢].

---

(١) نبيل عمر ، إجراءات التنفيذ ، ص ٢٨٠.

(٢) نبيل عمر ، إجراءات التنفيذ ، ص ٢٨٠.

وإذا صدر حكم مقرر أو منشئ وشمل رغم ذلك بالنفاذ المعجل ، فإنه لا يقبـــل الطعن بالاستئناف إعمالا للمادة ٢١٢ من قانون المرافعات ،لأنه بطبيعته لا يقبل=

ولا يتصور أن يطلب وقف التنفيذ فقط استقلالا عن الطعن في الحكم المشمول بالنفاذ المعجل إلا إذا توافرت حالة من حالات التظلم الوصفي حسب ما تنص عليه المادة ٢٩١ من قانون المرافعات.

هذا فيما يتعلق بالحكم القابل للتنفيذ الجبرى والمشمول بالنفاذ المعجل.

أما إذا كان الحكم القابل للتنفيذ الجبرى والصادر أثناء سير الدعوى هو عبارة عن حكم صادر فى أحد الطلبات عند تعددها ، أو صادر في إدعاء من الإدعاءات التى يتضمنها الطلب القضائي ، وكان هذا الحكم صادرا فى حدود النصاب الانتهائي ، وكان قابلا للتنفيذ الجبرى بناء على ذلك ، فإنه لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف إلا إعمالا للمواد ٢٢١ ، ٢٢٢ من قانون المرافعات.

وبهذا تتمخض القاعدة المنصوص عليها فى المادة ٢١٢ من قانون المرافعات عن أنها قاصرة على أحكام الالزام المشمولة بالنفاذ المعجل. ويلاحظ من جهة أخرى أن المادة أن المادة ٢١٢ يجوز إعمالها على كافة طرق الطعن فى الأحكام وذلك لورودها فى باب الأحكام العامة لطرق الطعن فى الأحكام.

١٨٠ – وفى هذا المعنى يرى البعض بحق أنه إذا كان الحكم الصادر فى شق من الموضوع والذى يقبل التنفيذ الجبرى ، ويقبل الطعن المباشر تبعا لذلك ، قد طلب وقف تنفيذه أمام محكمة الطعن عملا بالمادة ٢٩٢ الخاصة بالاستئناف ، أم المادة ٢٥١ الخاصة بالنقض ، أم المادة

= التنفيذ الجبرى ويكون قد شمل خطأ بالنفاذ المعجل ، ويجوز التظلم من وصفه على استقلال.

كذا يجوز الطعن فيه بالاستئناف مع الحكم المنهى للخصومة ، وإذا طعن فيه مباشرة بالاستئناف كان الطعن غير مقبول ، لأن الحكم بطبيعته لا يقبل التنفيذ الجبرى.

٢٤٤ الخاصة بالتماس إعادة النظر ، وإذ أوقف هذا التنفيذ بالفعل ، فإنه لا يؤثر فى ضرورة الاستمرار فى نظر الطعن وفقا لما تتصوره المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات المصرى[١].

ومن جهة أخرى فإنه يجب ألا يتبادر إلى الذهن أنه متى حكم بوقف تنفيذ الحكم فإنه يتعين وقف نظر الطعن ، لأن وقف تنفيذ الحكم مؤقتا لا يؤثر فى وصف الحكم باعتباره قابلا فى الأصل للتنفيذ الجبرى.

ومن جهة أخرى فإن وقف تنفيذ الحكم مؤقتا بناء على إشكال وقتى، أو موضوعى مما يرتب أثرا موقفا بقوة القانون بمجرد رفعه ، لا يؤثر فى قابلية الحكم للطعن المباشر ، لأن وقف التنفيذ مؤقتا لا يؤثر فى وصف الحكم باعتباره فى الأصل قابلا للتنفيذ الجبرى[٢].

ومن جهة أخرى ، فإذا طعن فى حكم فور صدوره ، وتمسك المطعون عليه بعدم قابليته للتنفيذ الجبرى ، كان عليه أن يتظلم فورا من وصفه عملا بالمادة ٢٩١ سواء بالإجراءات المعتادة ، أو بإبداء هذا التظلم فى الجلسة ، ولا تحكم المحكمة بقبول الاستئناف المباشر لمثل هذا الحكم إلا بعد البت فى مسألة الوصف. وتعتبر المادة ٢١٢ مكملة للمادة ١/٢٢٩ التالى دراستها فيما بعد ، فهذه المادة الأخيرة تعتبر استئناف الحكم المنهى للخصومة ، شاملا استئناف جميع الأحكام الصادرة قبله ، ما لم تكن قد قبلت صراحة ، ومالم تكن من الأحكام الخاضعة للمادة ٢١٢[٣] ويلاحظ أنه يشترط لقبول الطعن المباشر فى الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع أن يكون الحكم فى الموضوع ذاته قابلا للطعن فيه،

---

(١) ابو الوفا ، الأحكام ، ص ٦٨٨ ، نبيل عمر ، إجراءات التنفيذ ، ص ٢٩٠ .

(٢) أبو الوفا ، الأحكام ، ص ٦٨٩ .

(٣) أبو الوفا ، الأحكام ، ص ٦٩١ .

ن نقض مدنى ١٩٧٠/٣/١٢ مجموعة النقض س ٢١ ص ٤٢٥ .

عدا الحالات التى ينص فيها القانون على غير ذلك ، كما هو الحال بالنسبة للأحكام المستعجلة.

١٨١ – وقد ثار فى الفقه التساؤل الآتى : هل يوقف استئناف الحكم الذى يقبل الطعن المباشر الفصل فى موضوع الدعوى أمام محكمة أول درجة؟.

سبق لنا معالجة هذه المسألة تحت زاوية مختلفة فى الصفحات السابقة ، وبصدد هذه المسألة على وجه التحديد ، فقد انقسمت الآراء:

فذهب رأى إلى أن محكمة الدرجة الأول لا تملك الاستمرار فى نظر الدعوى إذا كان استئناف الحكم الصادر منها يعد مسألة أولية، ما يتعين الفصل فيها أولا قبل نظر الموضوع ، موضوع الدعوى المطروحة أمامها ، والحكم فى ذلك ترجع إلى ضرورة عدم اتخاذ إجراءات مهددة بالإلغاء ، إذ ما ألغى الحكم المستأنف[1]. بينما ذهب رأى آخر إلى القول العكسى ، وذلك على أساس أنه ليس هناك ما يمنع محكمة أول درجة من استنفاذ ولايتها بصدد النزاع المطروح أمامها ، ما دام القانون لا يمنعها من ذلك.

والراجح فى اعتقادنا هو جواز أعمال المادة ١٢٩ من قانون المرافعات التى تنص على أنه : " فى غير الأحوال التى نص فيها القانون على وقف الدعوى وجوبا أو جوازا يكون للمحكمة أن تأمر بوقفها كلما رأت تعليق حكمها فى موضوعها على الفصل فى مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم".

وعلى ذلك فإذا لم يتوافر رباط قوى بين ما لم تقضى به محكمة أول درجة ، وبين ما قضت به محكمة الاستئناف ، فإنه لا محل لوقف الدعوى أمام المحكمة الأول . وقد سبق لنا القول أن الاستئناف المباشر

---

(١) أبو الوفا ، الأحكام ، ص ٧٠٦.

للأحكام القابلة للتنفيذ الجبرى لا يحول بين محكمة الموضوع ونظر الدعوى المطروحة أمامها(١).

الأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة المختصة وفى هذه الحالة يجب على المحكمة المحال إليها الدعوى أن توقفها إلى أن يفصل فى الطعن.

تواجه هذه الحالة الطعن المباشر بأى طريق فى الحكم الصادر من المحكمة بعدم الاختصاص لأى سبب ، وأيا كانت الدرجة التى أصدرت هذا الحكم ، وإحالة الدعوى إلى المحكمة التى تراها المحكمة المحيلة هى المختصة بنظر النزاع. وأثناء نظر الطعن على المحكمة المحال إليها أن توقف الدعوى وفقا تعليقيا يرتبط بعده يعيد الحكم المرفوع فإذا تأيد هذا الحكم ثبت الاختصاص وزال الوقف واستمرت الخصومة فى سيرها المعتاد أمام محكمة الإحالة أما إذا ألغى الحكم فإن محكمة الاستئناف هى التى تحدد المحكمة المختصة من محاكم الدرجة الأولى . ويتعين على المحكمة المحال إليها أن تحكم بعدم الاختصاص والإحالة من جديد. والحكمة من جواز الطعن المباشر فى مثل هذه الأحكام هو ضمان سير الإجراءات بشكل سليم بدلا من أن تستمر الدعوى لسنوات طويلة وعند حجزها للحكم تحكم المحكمة بعدم الاختصاص والإحالة.

وبهذا تكون قد انتهينا من دراسة الأحكام الصادرة أثناء سير الدعوى وقابليتها للطعن المباشر بالاستئناف.

وننتقل الآن إلى دراسة موجزة للأحكام الفرعية التى لا تقبل الطعن المباشر بالاستئناف.

---

(١) أبو الوفا ، الأحكام ، ص ٧٠٧.

المطلب الرابع

الأحكام الفرعية التى لا تقبل الطعن المباشر فيها بالاستئناف

١٨٢ – الأحكام التى تصدر أثناء سير الخصومة دون أن تنهيها كلها سواء تعلقت بالإجراءات ، أو بقبول الدعوى ، أو بموضوع النزاع لا يجوز الطعن فيها مباشرة بالاستئناف إعمالا لصدر المادة ٢١٢ من قانون المرافعات.

وعلى ذلك نصت المادة ١/٢٢٩ من قانون المرافعات فيما يتعلق بالاستئناف. فهذه المادة الأخيرة تنص على أن : " استئناف الحكم المنهى للخصومة يستتبع حتما استئناف جميع الأحكام التى سبق صدورها فى القضية مالم تكن قد قبلت صراحة وذلك مع مراعاة ما نصت عليه المادة ٢٣٢ ".

هناك إذن نوع من التكامل بين نص المادة ٢١٢ ونص المادة ١/٢٢٩ من قانون المرافعات.

وبناء على ذلك فإذا طعن فى أحد الأحكام غير المنهية للخصومة ، قبل صدور الحكم المنهى ، بالاستئناف ، وجب على المحكمة الاستئنافية ، ومن تلقاء نفسها ، الحكم بعدم قبوله.

ومن جهة أخرى فإن الطعن فى الحكم غير المنهى مع الحكم المنهى للخصومة يفترض قابلية الحكم الأول فى ذاته للطعن فيه بالاستئناف ، بمعنى ألا يكون من غير الجائز عدم الطعن فيه ، كما أن استئنافه يفترض قابلية الحكم المنهى للخصومة للطعن فيه هو أيضا بالاستئناف.

ويرى البعض بحق أنه إذا لم يكن الحكم المنهى للخصومة قابلاً للطعن فيه بالاستئناف فلن تثور مسألة الحك غير المنهى للخصومة للطعن

فيه بالاستئناف[1]. ويشترط ، تأييدا لذلك ، أن يطعن فى الحكم غير المنهى للخصومة مع الحكم المنهى لها ، فلا يجوز الطعن على استقلال فى الحكم غير المنهى.

وإذا طعن فى الحكم المنهى بالاستئناف ، فيجب الطعن فى الحكم غير المنهى فى ميعاد الطعن فى الحكم المنهى.

ومع ذلك يرى البعض جواز الطعن فى الحكم غير المنهى على استقلال بشرط أن يقع هذا الطعن بعد صدور الحكم المنهى لكل الخصومة[2].

مثال ذلك أن يصدر الحكم المنهى للخصومة لصالح خصم غير الذى صدر لصالحه الحكم غير المنهى للخصومة ، فإن الطعن فى الحكم غير المنهى للخصومة جائز ، ولو لم يطعن فى الحكم الأول أو لم يكن هذا الحكم قابلا للطعن فيه بالاستئناف . ويشترط لذلك أن يحوز الحكم غير المنهى للخصومة حجية الشئ المقضى خارج الخصومة التى صدر فيها. مثال ذلك أن ترفع دعوى استنادا إلى عدة أدلة بينها محرر ، فيتمسك المدعى عليه بتزوير المحرر فيقضى بتزويره ويحكم فى الدعوى الأصلية لصالح المدعى استنادا إلى أدلة أخرى. هنا يجوز للمدعى الأصلى أن يطعن فى الحك القاضى بتزوير المحرر ولو لم يطعن الطرف الآخر فى الحكم المنهى للخصومة الصادرة ضده[3].

والأحكام الفرعية التى لا تنتهى بها كل الخصومة مثالها الحكم باختصاص المحكمة بنظر الدعوى ، أو برفض إحالتها إلى محكمة أخرى، أو برفض الدفع ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى ، أو بعدم قبول

---

(١) انظر فتحى والى ، ص ٥٦٧ .

(٢) فتحى والى ، ص ٥٦٧ هامش ٥ .

(٣) فتحى والى ، ص ٥٦٧ هامش ٥ .

أى دفع شكلـــى ، أو برفــض طلب وقف الدعوى ، أو برفض الدفع بعدم القبول.... الخ.

والعلة فى منع الطعن المباشر بالاستئناف فى الأحكام التى لا تنتهى بها كل الخصومة يرجع إلى اعتبارات عملية ، منها تبســـيط إجــراءات التقاضى ، والقصد فى الوقت والنفقات ، ومنع تقطيع أوصــــال القضيـــة الواحدة.

وإذ تنص المادة ٢٢٩ مرافعات على أن استئناف الحكـــم المنـــهى للخصومة يستتبع حتما استئناف جميع الأحكام التى سبق صدورهـــا فـــى القضية مالم تكن قد قبلت صراحة وذلك مع مراعاة ما نصت على المـــادة ٢٣٢.

فإن استئناف الحكم الصادر فى الطلب الاحتياطى يســـــتتبع حتمـــا استئناف الحكم الصادر فى الطلب الأصلى وفى هذه الحالة يجب اختصـــلم المحكوم له فى الطلب الأصلى ولو بعد فوات الميعاد..

والحكم المنهى للخصومة كلها هو الحكم القطعى الذى ينهى الـــنزاع برمته وبكل أوجهه فلا يقتصر على وجه منه إذا تعددت الأوجـــه فيـــه ، وبالنسبة إلى جميع الأطراف فى الخصومة المطروحة ، فلا يقتصر على خصم على حدة إذا تعددت هذه الأطراف.

وهو على هذا النحو لا يستبقى بعد صدوره شيئا منها مطروحا على المحكمة فى الدعوى التى صدر فيها.

ويستوى أن يكون قد أنهى النزاع بالفصل فى مسألة إجرائية كالحكم ببطلان المطالبة القضائية أو انتفاء ولاية المحكمة أو عدم قبول الدعـــوى أو بطلان صحيفتها أو سقوط الخصومة أو انقضائها أو اعتبارها كأن لـــم تكن أو عدم قبول الاستئناف أو أن يكون قد حسم النزاع فــــى الطلبـــات

الموضوعية المطروحة سواء بالقبول أو بـالرفض أو بعـدم القبـول أو بسقوط الحق فيها.

والأحكام التى لا تنتهى بها الخصومة كلها ولا تندرج ضمن الأنواع الخمسة التى عددها النص لا تقبل الطعن المباشر على استقلال إلا بعـد صدور الحكم المنهى للخصومة كلها.

ويقصد بالأحكام المنهية للخصومة فى نطاق المادة ٢٢٩ مرافعـات تلك الأحكام التى سبق صدورها فى القضية جميع الأحكام غير المنهيـة للخصومة ولم تكن تقبل الطعن المباشر استقلالا وفقا لنص المـادة ٢١٢ مرافعات.

مثال ذلك الحكم برفض الدفع بالبطلان ، أو بعدم الاختصـاص ، أو بسقوط الخصومة أى الدفع بذلك ، برفض الدفع بعدم القبول.

هذه الأحكام الصادرة مثل صدور الحكم المنهى للخصومة لا تقبـل الطعن على استقلال مباشرة بمجرد صدورها وتعد مستأنفة بقوة القـانون بمجرد استئناف الحكم المنهى للخصومة ولـو كـانت صـادرة لصـالح المستأنف.

وسواء أشار المستأنف فى صحيفة الاستئناف إلى اسـتئنافها أو ل يشر إلى ذلك ويستوى فى ذلك أن تكون متعلقة بالإجراءات أو بالإثبات أو ببعض أوجه الدفاع أو الدفوع الموضوعية ، أو ببعض الطلبات مـادامت هى لم تكن قبل استئنافها مباشرة على استقلال.

وعلى ذلك فجميع الأحكام ، السابق صدورها فى الخصومة ، أيـا كان الخصم الصادرة لصالحه أو ضده ، وكانت غير منهية للخصومـة ، ولم تكن قابلة للطعن المباشر استقلالا طبقا للمادة ٢١٢ مرافعات ، سـواء تعلن بالإجراءات أو بالإثبات أو بقبول الدعـوى أو بالدفـاع أو الدفـوع الموضوعية .

هذه الأحكام تطرح بقوة القانون دون طلب على محكمة الاستئناف بمجرد رفع طعن عن الحكم المنهى للخصومة وذلك على خلاف القاعدة العامة فى بقية طرق الطعن حيث لا يعتبر الحكم غير المنهى للخصومة مطعونا فيه بالطعن فى الحكم المنهى للخصومة إلا إذا أن يطعن فيه بالذات سواء بإجراء مستقل أو بذات الإجراء وبشرط أن يكون قابلا للطعن فى ذاته.

تلك الأحكام تعتبر مستأنفة حتما باستئناف الحكم المنهى للخصومة دون أن يلزم رفع استئناف خاص عنها أو حتى ذكرها أو النعى عليها فى صحيفة الاستئناف ويستوى أن تكون صادرة لصالح المستأنف أو ضده ، إذ أن الدعوى تنتقل إلى محكمة الاستئناف بكل ما كان قد أبدى فيها من دفوع وأوجه دفاع سواء منها ما فصل فيه ، أو ما أغفلت محكمة أول درجة الفصل فيه وذلك كله بشرط واحد هو ألا تكون تلك الأحكام قد قبلت من المحكوم عليه فيها.

وبناء على ذلك حكم بأنه إذا كان قد قضى برفض الدفع بعدم القبول بالنسبة للدعوى وبرفض الدعوى فى أول درجة ، فإن استئناف المدعى لهذا الحكم يطرح على محكمة الاستئناف الحكم بعدم القبول فيجوز للمستأنف ضد التمسك به دون حاجة لرفع استئناف فرعى ضده.[(١)، (٢)].

ويترتب على ذلك إعادة طرح النزاع الذى فصلت فيه تلك الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع أمام الدرجة الثانية[(٣)، (٤)].

ومصير الأحكام غير المنهية للخصومة والتى اعتبرت مستأنفة بقوة

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٩/٤/٢٣ مجموعة النقض س ٢٠ ص ٦٦٢ .

(٢) نقض مدنى ١٩٧٦/٦/٢٨ طرقم ٥٣٦ س ٤٣ ق.

(٣) نقض مدنى ١٩٨٣/٣/٢٩ ط ١٣٦٩ س ٤٩ ق.

(٤) نقض ١٩٨٣/١١/١٠ ط. ٥٨٩ س ٥٠ ق .

القانون باستئناف الحكم المنهى للخصومة ، إنما يتعلق بمصير هذا الاستئناف الأخير من ناحية قبوله أو عدم قبوله ، فإذا قضى بقبوله كان استئنافها مقبولا ، وإذا قضى بعدم قبوله كان استئنافها غير مقبول(١).

ويشترط فى جميع الأحوال لكى تعتبر هذه الأحكام مستأنفة بقوة القانون ألا تكون قد قبلت من الخصم الصادرة لغير صالحه قبولا صريحا(٢).

ويشترط أيضا لإعتبار الأحكام الصادرة قبل الحكم المنهى للخصومة مستأنفة بقوة القانون مع استئناف الحكم المنهى لهذه الخصومة ألا تكون تلك الأحكام قد سبق استئنافها ن ذات الخصم المستأنف للحكم المنهى للخصومة أو خصمه وقضى فى موضوع هذا الاستئناف ، إذ يجوز الحكم الاستئنافى فى هذه الحالة قوة الشئ المقضى به . أما إذا كان قد قضى بعدم جواز استئنافها فإنها تعتبر مستأنفة بقوة القانون باستئناف الحكم المنهى للخصومة(٣).

ولا يطرح استئناف الحكم المنهى للخصومة ما فصلت فيه الأحكام السابقة عليه والتى لم تكن تقبل الاستئناف استقلالا ، إلا فى حدود ما رفع عنه الاستئناف استقلالا ، إلا فى حدود ما رفع عنه الاستئناف فقط ، وبالتالى لا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تتعرض لأمر غير مطروح عليها(٤)، (٥).

وبناء على ذلك فإذا لم يستأنف من الحكم المنهى للخصومة إلا شق منه فقط ، فإن هذا الاستئناف لا يطرح من الأحكام التى سبق صدورها

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٩/٤/٢٣ مجموعة النقض س ٢٠ ص ٦٦٢ .

(٢) نقض مدنى ١٩٨١/٥/١٧ ط ١٩٧١ س ٥٠ق .

(٣) نقض مدنى ١٩٥٤/١٠/٢٨ مجموعة النقض س ٦ ص ٤٥.

(٤) نقض ١٩٨٢/١/١٣ ط ٢١٠٧ س ٥٠ ق .

(٥) نقض ١٩٨١/٥/١٧ ط ١٩٧١ س ٥٠ ق .

فى الدعوى إلا ما تعلق منها بالشق الذى رفع عنه الاستئناف.

وتدور صحة استئناف تلك الأحكام بقوة القانون على النحو السالف مع صحة استئناف الحكم المنى للخصومة فإذا قضى ببطلان هذا الاستئناف أو سقوط الخصومة فيه أو تركه الخصومة فيه لم يعد هناك محل النظر فى الأحكام السابقة علية.

واستئناف هذه الأحكام على استقلال يبدأ ميعاده من تاريخ بدء ميعاد استئناف الحكم الأصلى.

فإذا كان هذا الأخير يبدأ من تاريخ صدوره بدأ الأول به ، فإن كان من تاريخ الإعلان بدأ الثانى به. وتلك القاعدة لا تسرى على الطعن فى الحكم بغير طريق الاستئناف ، إذ يتعين أن يتضمن الطعن فى الحكم المنهى للخصومة الطعن فى الحكم السابق ، أو أن يطعن فى هذا الحكم السابق بإجراء ستقل على التفصيل السابق وألا حاز الحكم السابق قوة الأمر المقضى ولم يجز أن يبنى الطعن فى الحكم المنهى للخصومة على النعى على الحكم السابق عليه. هذا ما ذهب إليه الفقه[1].

ينتهى الرأى السابق إلى أنه عند عدم الطعن على استقلال أو مع الحكم المنهى لكل الخصومة ، فى الميعاد ، فإن الحكم السابق على هذا الحكم المطعون عليه يجوز قوة الشئ المقضى به. ويلاحظ أن هذا الكلام يكون صحيحا فى الأحوال التى يفصل فيها الحكم السابق غير المنهى للخصومة فى مسألة متعلقة بأصل الحق المنتمى للقانون الخاص أو فى مسألة متولدة أو متفرعة عنه ، لأن هذه الأحكام هى وحدها التى تحوز الحجية والقوة.

أما إذا كان الحكم الذى لا ينهى الخصومة والسابق صدوره على الحكم المنهى للخصومة والمطعون فيه بالاستئناف صادرا قبل الفصل فى الموضوع كأن كان صادرا فى مسألة إجرائية ، أو فى مسألة متعلقة

(١) نقض مدنى ١٩٧٥/١/١ ط ٣١٥ س ٤٠ ق.

بالإثبات ، أو فى مسألة وقتية ، فنحن نعرف أن مثل هذا الحكم إذا فصل بشكل حاسم فى هذه المسألة ن فإنه يستنفذ ولاية القاضى داخل الخصومة الصادر فيها هذا الحكم ، بحيث لا يجوز له العدول عن هذا الحكم أثناء سير الخصومة الصادر فيه. وذلك وفقا لنظرية سقوط المراكز الإجرائية التى تم الفصل فيها بشكل حاسم مما يستهل فى سير الإجراءات وإنهاء المنازعات. ولكن ذلك لا يمنع من إثارة هذه المسائل التى فصل فيها فى دعوى سابقة وذلك بمناسبة دعوى جديدة. لأن هذه السائل لا يجوز الحكم الصادر فيها حجية الشئ المقضى وذلك حماية للحقوق من الاعتداء عليها بإمكانية إثارة هذه المسائل مرة ثانية فى خصومة جديدة.

أما تفسير عدم جواز الطعن عليها بفوات يعاد الطعن ، فيرجع فى رأينا إلى نص القانون الذى حدد لهذا الطعن ميعادا معينا أوجب رفع الطعن من خلاله وإلا سقط الحق فى رفعه، وبالتالى فإن الأمر لا يتعلق بحجية أوب قوة الشئ المقضى ، بقدر ما يتعلق باحترام أو عدم احترام الميعاد الواجب رفع الطعن من خلاله ، وتظل هذه الأحكام مجردة من قوة الشئ المقضى أو حجيته سواء قبل الطعن فيها أو بعده ، أو بعد الطعن فى الأحكام الذى تنهى الخصومة بحيث لو تصورنا الغاء هذا الأخير فى الاستئناف فإن الغائه يستتبع ضمنا الفاء الأحكام التى صدر بناء عليها حتى ولو لم تكن مستأنفه.

وإذا رفع استئناف عن حكم غير منهى للخصومة من الأحكام التى تقبل الاستئناف المباشر استقلالا وفقا للمادة ٢١٢ مرافعات ، فإن هذا الاستئناف يطرح استئناف الأحكام التى سبق صدورها فى الدعوى ولم تكن تقبل الطعن المباشر فيها ، متى كان الحكم الذى رفع عنه الاستئناف قد بنى عليها أو كانت قد مهدت له.

وإذا أدى ضم الدعوتين إلى اندماجهما وفقد كل منهما ذاتيتهما فإن استئناف الحكم الصادر فى إحداهما يشمل الحكم الصادر فى الأخرى.

فإذا كانت محكمة أول درجة قد قررت ضم الدعويين بحيث تندمج دعوى عدم نفاذ البيع فى دعوى تثبيت الملكية وينتفى معه القول باستقلال كل منهما عن الأخرى ، فإن استئناف الحكم الصادر فى إحداهما يكون شاملا الحكم الصادر فى الدعوى الأخرى[1].

وإذا تضمنت الدعوى طلبين مستقلين ، فإن الحكم الصادر فى كل منهما يستقل بميعاد وإجراءات استئنافه وفى ذلك تقول محكمة النقض أن الأمر فى هذه الحالة يتعلق بدعويين مستقلين تختلف كل منهما على الأخرى والحكم الصادر بقبول أو برفض أحد الطلبين يكون قد أنهى الخصومة كلها فى صدده فيبدأ ميعاد الطعن فيه من تاريخ صدوره عملا بالمادة ٢١٣ رافعات ولو بقى الثانى مطروحا أمام المحكمة لم تنته الخصومة فى شأنه ، لأن مجال إعمال المادة ٢١٢ إنما يقتصر على الدعوى التى لم يصدر حكم منه للخصومة فيها ، ولا يمتد إلى الدعاوى الأخرى المستقلة عنها بخصوصها ، وموضوعها ، وسببها ، ولو تضمنتها كلها خصومة واحدة[2].

ومن جهة أخرى تنص المادة ٢١٢ مرافعات على القاعدة العامة فى عدم جواز الطعن المباشر فى الأحكام التى لا تنتهى بها كل الخصومة . ووضعت مجموعة من الاستثناءات مؤداها جواز الطعن فى بعض الأحكام مباشرة رغم كونها لا تنهى كل الخصومة بمجرد صدورها وجددت هذه الاستثناءات فى الأحكام الوقتية ، والصادرة بوقف الخصومة ، والقابلة للتنفيذ الجبرى ، بعدم الاختصاص والإحالة ، والأحكام المستعجلة ، وحينما يراد رفع استئناف عن هذه الأحكام الأخيرة فإنه يجب رفعه فى خلال الميعاد الذى يحسب من تاريخ صدور هذه الأحكام أو من تاريخ إعلانها حسب الأحوال دون أن يتوقف ذلك على صدور الحكم المنهى للخصومة كلها أو استئنافه. فإن لم تستأنف حتى صدور الحكم المنهى

---

(١) نقض مدنى ١٩٨٠/١١/٦ ط ٨٣٩ س ٤٣ ق .

(٢) نقض ١٩٨٠/٦/١٧ ط ٤٤٨ س ٤٧ ق .

للخصومة ، فإنها لا تعتبر مستأنفة باستئنافه ، بل أنها إذا اكتسبت " قوة الأمر المقضى " بعدم استئنافها فى الميعاد ، تتقيد بها المحكمة والخصوم عند نظر استئناف الحكم المنهى للخصومة كلها[1]،[2]،[3].

واستئناف أحد هذه الأحكام. الاستثناءات الواردة فى المادة ٢١٢ مرافعات – يستتبع استئناف الأحكام الأخرى التى لا تقبل الطعن المباشر متى كانت بينهما رابطة لا تقبل التجزئة أو أساس مشترك. وعلى ذلك فإذا صدر أثناء سير الدعوى وقبل صدور الحكم الختامى المنهى للخصومة كلها أكثر من حكم وكان أحدها من الأنواع التى أجازت المادة ٢١٢ مرافعات الطعن المباشر فيها على استقلال ، فإن استئنافه يطرح بقوة القانون الأحكام الأخرى التى لا تندرج تحت هذه الأنواع متى قامت بينها وبين الحكم المستأنف رابطة لا تقبل التجزئة أو أساس مشترك ، بحيث يستلزم الأمر حتما البحث فيه بصدد القضاء والقابل للطعن بالاستئناف ، فإن الطعن بينهما معا يكون جائزا لأن هذا البحث لا يحتمل عند نظر الطعن فى الحكم القابل له إلا قولا واحدا بالنسبة للحكم الأخر وهو ما يتفق مع حكم الفقرة الأخيرة من المادة ٢٥٣ مرافعات[4].

وبهذا ننتهى من هذا الباب الأول الذى كرسناه لمواجهة ودراسة الأحكام القابلة للطعن فيها بالاستئناف وننقل الآن إلى الباب الثانى الخاص بدراسة إجراءات الطعن بالاستئناف.

---

(١) نقض ١٩٧٢/٢/٨ ط ١٩٠ س ٣٧ ق .
(٢) نقض ١٩٧١/١٢/١٤ ط ١٠٣ س ٣٧ ق .
(٣) نقض ١٩٦٩/٥/٢٧ ط ٢٩٥ س ٣٥ ق.
(٤) نقض مدنى ١٩٩١/٩/٣٠ ط ١٧٢٤٠ س ٥٥ ق.

الباب الثانى
إجراءات الطعن بالاستئناف

١٨٣ – نتناول إجراءات الطعن بالاستئناف بإسهاب فى فصلين.

نكرس الفصل الأول لدراسة سير إجراءات الطعن فى مرحلة ساكنة.

وفى فصل ثان نتناول نشأة خصومة الطعن فندرس أشخاصها ، وسيرها وعوارضها إلى أن يصدر الحكم النهائى فيها وهذه هى الدراسة المتحركة لخصومة الطعن.

ونتناول الشرح التفصيلى لكل ذلك فيما يلى.

الفصل الأول

دراسة ساكنة لسير إجراءات الطعن بالاستئناف

١٨٤- يقصد بالدراسة الساكنة في مجال العلوم الإنسانية ، ومنها علم القانون ، تلك الدراسة التي تنظر إلى عناصر مادة البحث نظرة غير متحركة أو نظرة خامدة. وبمعنى آخر يقصد بهذه الدراسة عدم الأخذ في الاعتبار لعوامل الحركة والنشاط في مجال مادة البحث. هدف هذا النوع من الدراسة هو بيان خصائص مادة البحث وكشف طبيعتها الذاتية.

وفي مرحلة لاحقة تعقب هذه الدراسة بدراسة أخرى ، متحركة ، تأخذ في حسابها عوامل الحركة وما يترتب على ذلك من علاقات وآثار متبادلة. فيكون لنا من حصيلة تلك الدراسة الساكنة ما يوفر لنا فرصة أكبر لفهم أكثر عمقاً لتشابك الإجراءات وترابط الآثار المختلفة المتولدة عن هذه الإجراءات.

وإذا ما بدأنا دراسة إجراءات الطعن بالاستئناف دراسة ساكنة فإننا في هذا الفصل سوف نركز على المسائل الآتية:

ندرس أولاً المحكمة المختصة بنظر الاستئناف ، وذلك في مبحث أول .

ثم ندرس بعد ذلك صحيفة الطعن بالاستئناف ، التي تعتبر الأداة الفنية التي تتولد منها خصومة الاستئناف. ونكرس لذلك المبحث الثاني.

وفي مبحث ثالث ، لابد أن نتصدى لدراسة أشخاص خصومة الاستئناف من حيث تحليل مركزهم القانوني والشروط الواجب توافرها فيهم. أما تأثير وجودهم في الخصومة على عناصرها الأخرى فسوف ندرسه في الباب الثالث والأخير من هذا المؤلف.

المبحث الأول

المحكمة المختصة بنظر الطعن بالاستئناف

١٨٥ – تنص المادة ٣/٤٧ من قانون المرافعات المصرى على أن المحكمة الابتدائية تختص: " كذلك بالحكم فى قضايا الاستئناف الذى يرفع إليها عن الأحكام الصادرة ابتدائيا من محكمة المواد الجزئية أو من قاضى الأمور المستعجلة".

وتنص المادة ٤٨ من ذات القانون على أن : " تختص محكمة الاستئناف بالحكم فى قضايا الاستئناف الذى يرفع إليها عن الأحكام الصادرة ابتدائيا من المحاكم الابتدائية ".

وفى فرنسا فإنه بعد تعديل قانون المرافعات الفرنسى بالقانون الصادر فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٨ فإن محاكم الاستئناف هناك هى وحدها محاكم الدرجة الثانية بالنسبة لجميع الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية والجزئية والمحاكم الاستثنائية(١).

ومن نصوص قانون المرافعات المصرى يتضح لنا أن هناك نوعين من المحاكم التى تقوم بوظيفة محكمة الاستئناف بالنسبة للطعن المرفوع ضد حكم صادر من محكمة أول درجة.

فالمحاكم الابتدائية تختص بالحكم فى قضايا الاستئناف التى ترفع إليها عن الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية. وذلك فى الأحوال التى تقبل فيها مثل هذه الأحكام الطعن بالاستئناف. كما تختص المحاكم الابتدائية بهيئة استئنافية أيضا بنظر قضايا الاستئناف المرفوعة ضد الأحكام الصادرة من قاضى الأمور المستعجلة. ويقصد بقاضى الأمور المستعجلة. ويقصد بقاضى الأمور المستعجلة فى هذا المقام القاضى المنصوص عليه فى المادة ٤٥ من قانون المرافعات ، كما يقصد به كذلك

---

(١) VINCENT, op, cit. P. 149.

كل قاضى يخوله القانون ولاية القضاء المستعجل ، كقاضى التنفيذ حين يفصل فى المنازعات بوصفه قاضياً للأمور المستعجلة[1].كذا تستأنف الأحكام الموضوعية الصادرة من قاضى التنفيذ فى منازعات التنفيذ الموضوعية التى لا تتجاوز قيمتها خمسمائة جنيهاً أمام المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية. ومن جهة أخرى فإن الأحكام الانتهائية الصادرة من المحاكم الجزئية ، بالمعنى الفنى ، المحاكم التى تعتبر من طبقة المحاكم الجزئية ، هذه الأحكام يجوز الطعن فيها بالاستئناف إذا توافرت الشروط التى تفتح باب الطعن بهذا الطريق والمنصوص عليها فى المواد ٢٢١ و ٢٢٢ من قانون المرافعات ، والسابق لنا دراستها .كما يلاحظ أننا قد سبق لنا القول أن الطعن فى الأحكام الصادرة فى التظلم من الأوامر على عرائض قد يطرح على المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية.

فقد سبق القول أن لطالب الأمر على عريضة ، إذا ما رفض طلبه، أن يتظلم من هذا القرار أمام المحكمة التى يتبعها هذا القاضى ، فإذا كان القاضى الآمر هو قاضى الأمر الأمور الوقتية بالمحكمة الجزئية (قاضيها) ، فإن التظلم يرفع فقط أمام المحكمة التى يتبعها هذا القاضى ، باعتبارها محكمة تظلم ، والحكم الصادر منها فى هذا التظلم يقبل الطعن بالاستئناف ، دائماً لأنه حكم وقتى ، ويكون الاستئناف أمام المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية.

أما إذا كان التظلم مرفوعاً من المصادر عليه الأمر ، فقد سبق القول أن هذا التظلم إما أن يرفع إلى ذات القاضى الآمر ، أو أمام المحكمة التى يتبعها هذا القاضى ، وفى الحالتين فإن القرار الصادر فى هذا التظلم يعتبر حكماً وقتياً، ويجوز الطعن فيه بالاستئناف فى جميع الأحوال ، ويكون هذا الاستئناف أمام المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية ، كل هذا يعتبر صحيحاً إذا كان طلب الأمر قد رفع إلى قاضى الأمور

---

(١) نبيل عمر ، إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية ط ١ ص ١٥٠ .

الوقتية بالمحكمة الجزئية ، وسنعالج فيما بعد الوضع حينما يرفع طلب الأمر على عريضة إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية.

وفيما يتعلق بأوامر الأداء ، فإن الأمر بالأداء يقبل الطعن فيه بالاستئناف بالنظر إلى قيمة الدعوى الصادر فيها. فإذا اختار الصادر ضده الأمر الطعن فيه بالاستئناف ، فإن هذا الاستئناف يرفع ــ كما سبق القول ــ إلى المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية ، وذلك فى الأحوال التى يصدر فيها أمر الأداء من القاضى الجزئى فى الحدود التى يجوز فيها الطعن فيه بالاستئناف. ويلاحظ أن الاستئناف المباشر لأمر الأداء فى هذه الحالة يسقط حتى صاحب المصلحة فى التظلم منه.

١٨٦ – ويلاحظ في هذا الصدد أن اختصاص المحكمة الابتدائية باعتبارها محكمة درجة ثانية بنظر الاستئنافات التى ترفع إليها عن أحكام المحاكم الجزئية ، وفى طبقتها ، هو اختصاص أصلى للمحكمة الابتدائية.

وفى ظل نظام القاضى الفرد كانت الدوائر الكلية الاستئنافية تتميز عن الدوائر الكلية الابتدائية ، فهذه الأخيرة كانت معتبرة درجة أولى فى التقاضى ، أى كانت ترفع إليها القضايا ابتداء. وهذه الدوائر كانت مشكلة من قاضى واحد. فى حين أن الدوائر الاستئنافية فى المحكمة الكلية والتى كانت ترفع إليها قضايا الاستئناف عن أحكام المحاكم الجزئية ، فكانت مشكلة من ثلاثة قضاة[1].

والآن ، وحسب النصوص الحالية ، فلا يوجد فارق فى تشكيل المحكمة الابتدائية سواء انعقدت بهيئة استئنافية ، أو باعتبارها محكمة درجة أولى. ففى الحالتين تشكل هذه المحكمة من ثلاثة قضاة. والجارى عليه العمل الآن هو تخصيص دائرة فى المحكمة الابتدائية لنظر قضايا الاستئناف المرفوعة عن أحكام المحاكم الجزئية.

وجدير بالملاحظة أن الاستئناف المرفوع إلى المحكمة الابتدائية عن

---

(١) عبد الباسط جميعى . نظرية الاختصاص ، س ١٩٧٥ ص ٣٤.

حكم جزئي يكون دائماً داخلاً فى اختصاصها ، ولو لم يكن مقبولاً لأى سبب.

فإذا رفع مثل هذا الاستئناف إلى المحكمة الابتدائية فعليها ألا تحكم بعدم اختصاصها بنظرة ، وإنما عليها أن تحكم بعدم القبول ، ولا يخفى على أحد أن هناك فوارق جوهرية بين الحكم الصادر بعدم الاختصاص الذى يجب أن يقترن بالإحالة ، والحكم بعدم القبول الذى لا يمكن أن يقترن بالإحالة[1].

١٨٧ – ولكل محكمة ابتدائية فى مصر دائرة اختصاص محلى محددة وفقاً للقانون . وهذا الاختصاص المحلى متعلق بالنظام العام فيجوز لكل ذى مصلحة أثارته ، كما يجوز للقاضى نفسه أن يثيره من تلقاء نفسه، كما يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض. وبما أن هذا الاختصاص المحلى متعلق بالنظام العام فإن سلطة المحكمة الابتدائية باعتبارها محكمة درجة ثانية تنحصر داخل النطاق الذى حدده لها القانون ولا يكون لها أية سلطة خارج هذا النطاق. والمحاكم الابتدائية توجد فى كل عاصمة من عواصم المحافظات فى الجمهورية عدا محافظات الوادى الجديد وسيناء ومطروح والبحر الأحمر. وهذه الحكام تختص بنظر الاستئنافات التى ترفع عن الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية التى توجد فى دائرة كل منها.

وبما أن اختصاص محكمة ثانى درجة يتعلق كما سبق القول بالنظام العام. فإنه إذا رفع الطعن إلى محكمة درجة ثانية ولم تكن هذه مختصة (أياً كان نوع الاختصاص) بنظره فإنه يتعين عليها أن تحكم بعدم الاختصاص وتقرن هذا الحكم بالإحالة إلى المحكمة التى تراها مختصة عملاً بالمادة ١١٠ من قانون المرافعات[2].

---

(١) عبد الباسط جميعى ، المرجع السابق ص ٣٤ .
(٢) كمال عبد العزيز. ص ٤٦٠.
– ويجرى الآن (أغسطس ١٩٨٠) إنشاء محاكم ابتدائية لسيناء.

١٨٨ – وإلى جانب المحاكم الابتدائية التى تعتبر محكمة درجة ثانية بالنسبة للطعن فى بعض الأحكام بالاستئناف ، توجد محاكم الاستئناف المنصوص على اختصاصها فى المادة ٤٨ من قانون المرافعات ، والتى يجرى تسميتها فى العمل بمحكمة الاستئناف العليا. هذه المحاكم لا توجد فى عاصمة كل محافظة كما هو الحال بالنسبة للمحاكم الابتدائية ، وإنما توجد فى مصر محكمة استئناف واحدة فى كل من المحافظات الآتية :القاهرة ، الإسكندرية ، طنطا ، المنصورة ، بنى سويف ، أسيوط ، الإسماعيلية. وتؤلف كل محكمة من رئيس وعدد كاف من نواب الرئيس ورؤساء الدوائر والمستشارين . وتتألف كل دائرة من ثلاثة من المستشارين (مادة ٦ من قانون السلطة القضائية).

ويوجد فى فرنسا كما سبق القول طبقة واحدة من محاكم الدرجة الثانية هى محاكم الاستئناف les Cours d'appel . ويوجد حالياً فى الأراضى الفرنسية داخل الجمهورية الفرنسية ذاتها sur le territoire Metropolitian ثلاثون محكمة استئناف. وكل محكمة من هذه المحاكم يشمل اختصاصها الاستئنافى الأحكام القابلة للاستئناف والصادرة من محاكم مقاطعتين أو أربعة مقاطعات فرنسية.

والمقارنة واضحة بين ضآلة عدد محاكم الاستئناف المصرية بمقارنتها بما يوجد فى فرنسا[1] . وتختص محاكم الاستئناف فى مصر بما يستأنف إليها من الأحكام الصادرة ابتدائيا من المحاكم الابتدائية ــ كمحاكم أول درجة ــ التى تقع فى دائرتها. فمن المعروف أن كل محكمة استئنافية فى مصر دائرة اختصاص محلى ، بحيث يتبع كل محكمة استئناف عدداً

---

(١) VINCET, op. Cit. P. 148.
راجع توزيع محاكم الاستئناف الفرنسية على المقاطعات المختلفة فى فانسان ص ١٤٨ هامش ٢ . ويلاحظ أنه يوج أربع محاكم استئناف خارج الأراضى الفرنسية، وتوجد هذه المحاكم فى المستعمرات الفرنسية. ويطرح على محاكم الاستئناف فى فرنسا حوالى ٥٥ ألف طعن فى العام الواحد من المواد المدنية.

من المحاكم الابتدائية. والاختصاص المحلى لمحاكم الاستئناف العليا يتعلق بالنظام العام بكل ما يترتب على ذلك من آثار. ورغم أن قاضى التنفيذ يعتبر من طبقة المحاكم الجزئية ، وبالتالى كان المفروض أن تستأنف أحكامه أمام المحاكم الابتدائية بهيئة استئنافية،إلا أن المشرع أجرى تفرقة تحكمية بين الأحكام الصادرة من قاضى التنفيذ فى منازعات التنفيذ الموضوعية قابلة للطعن فيها بالاستئناف أمام المحاكم الابتدائية بهيئة استئنافية ، وذلك إذا كانت صادرة فى حدود النصاب الابتدائى للقاضى الجزئى[1] أما إذا كانت هذه الأحكام صادرة فى منازعات تزيد قيمتها عن ٥٠٠ جنيه فغن المشرع المصرى جعل الطعن فى هذه الأحكام بالاستئناف أمام محكمة الاستئناف العليا ، والحكمة فى ذلك هى فتح الباب أمام بعض الأحكام الصادرة من قاضى التنفيذ لكى تصعد عن طريق الطعن فيها بالنقض إلى محكمة النقض لإرساء بعض المبادئ فى هذا المجال. ومن جهة أخرى ، فيما أنه لا توجد محكمة تنفيذ ابتدائية ، حيث أن كافة منازعات التنفيذ يختص بها نوعيا قاضى التنفيذ ، وهو من طبقة المحاكم الجزئية ، فكان من الضرورى جعل الطعن فى الأحكام الصادرة من قاضى التنفيذ ، فى حدود الاختصاص الابتدائى للمحاكم الابتدائية ، أمام محكمة الاستئناف[2].

وبما أن محاكم الاستئناف تعتبر من محاكم الدرجة الثانية ، وطبقا لمبدأ التقاضى على درجتين ، الذى يعتبره الجمهور فى مصر من النظام العام ، فإنه ليس لمحاكم الاستئناف ــ كقاعدة عامة ــ اختصاص ابتدائى، وإن كان المشرع يجيز على سبيل الاستثناء طرح طلبات جديدة تعرض

---

(١) راجع التعديل الخاص بنصاب القاضى الجزئى بالقانون ٩١ لسنة ١٩٨٠ السابق الإشارة إليه.

(٢) نبيل عمر ، إجراءات التنفيذ ، ص ١٦٠ ومابعدها.

- عزمى عبد الفتاح ، نظام قاضى التنفيذ ، رسالة عين شمس ص ١٠٠ ومابعدها.

على محكمة الاستئناف لأول مرة ، كما سوف نرى من بعد[1].

وعلى ذلك فاختصاص محاكم الاستئناف العالى هو اختصاص موحد وظاهر لا يحتمل خلطاً ولا شبهة ، فهى محاكم الدرجة الثانية فحسب ، ويقتصر اختصاصها على نظر الاستئنافات المرفوعة إليها عن أحكام المحاكم الابتدائية.

ولا تختص محاكم الاستئناف بنظر أية دعوى مبتدأة ترفع إليها حتى ولو اتفق الخصمان على الخضوع لاختصاصها ، لأن هذا أمر يتعلق بالنظام العام.

كذلك لا تختص محاكم الاستئناف بنظر أى طعن يرفع إليها عن حكم صادر من المحكمة الابتدائية باعتبارها هيئة استئنافية ، كما لو صدر حكم من محكمة جزئية واستؤنف أمام المحاكم الابتدائية فإن قضاء المحكمة الابتدائية فى هذا الاستئناف لا يجوز أن يطعن فيه أمام محكمة الاستئناف العليا ، فلا يوجد فى النظام المصرى درجة ثالثة للتقاضى[2]. ومن البديهى أن هذا الفرض لا يثور فى فرنسا حيث لا توجد إلا محكمة استئناف عليا فقط[3]. وعلى محكمة الاستئناف فى مصر إذا رفع إليها نزاع لا يدخل فى اختصاصها أن تعمل المادة ١١٠ من قانون المرافعات، أى أنه على المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة ، ولو كان عدم الاختصاص متعلقاً بالولاية. ويجوز لها عندئذ أن تحكم بغرامة لا تجاوز عشرة جنيهات. وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها.

١٨٩ – ومحكمة استئناف القاهرة تختص بنظر الأحكام الصادرة

---

(١) نبيل عمر ، سبب الطلب القضائى أمام محكمة الاستئناف . ص ١٢٠ .

– إبراهيم سعد ، القانون القضائى الخاص ، ص ٤٢٠ .

(٢) عبد الباسط جميعى ، ص ٤٣ ، فانسان ، المرجع السابق ص ١٤٨.

(٣) VINCENT, p. 148.

من محاكم القاهرة والجيزة والسويس الابتدائية. ومحكمة استئناف الإسكندرية تختص بنظر الأحكام الصادرة من محاكم الإسكندرية ودمنهور الابتدائيتين. ومحكمة استئناف طنطا تختص بنظر الاستئنافات المرفوعة إليها عن الأحكام الابتدائية الصادرة من محاكم طنطا وبنها وشبين الكوم وكفر الشيخ. ومحكمة استئناف المنصور تنظر الطعون المرفوعة إليها عن أحكام محاكم المنصورة والزقازيق وبور سعيد والإسماعيلية ودمياط وذلك قبل إنشاء محكمة استئناف الإسماعيلية. ومحكمة استئناف بنى سويف تختص بنظر الطعون المرفوعة من بنى سويف ، والمنيا ، والفيوم الابتدائية. ومحكمة استئناف أسيوط تنظر طعون المحاكم الابتدائية فى أسيوط وسوهاج وقنا وأسوان الابتدائية.

١٩٠ – وإذا صدر أمر بالأداء من رئيس الدائرة الابتدائية ، فإن هذا الأمر يقبل الطعن فيه بالاستئناف إلى المحكمة الاستئنافية. ويسرى على هذا الاستئناف القواعد التى تسرى على استئناف الأحكام القضائية أمام محكمة الاستئناف العليا. ويكون لمحكمة الاستئناف نفس السلطات التى تكون لها عند نظر الطعن المرفوع ضد الأحكام ، كما سبق لنا شرحه.

وفيما يتعلق بالأوامر على عرائض ، فإنه إذا صدر الأمر من قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية ، وهو رئيسها أو من يقوم أو من يندب لذلك ، فإن التظلم من هذا الأمر إذا رفع من جانب الطالب فى حالة رفض إصدار الأمر كليا أو جزئيا ، يتم أمام المحكمة التى يتبعها هذا القاضى ، أى أمام المحكمة الابتدائية ، والحكم الصادر فى التظلم يجوز الطعن فيه بالاستئناف أمام محكمة الاستئناف العليا ، طالما يعتبر هذا الحكم حكما وقتيا صادرا من المحكمة الابتدائية . وهو يقبل الطعن المباشر بالاستئناف فى جميع الأحوال(١).

(١) فتحى والى . ص ٦٨٣ .

ونفس الحل يسرى على التظلم المرفوع من الصادر عليه الأمر ، وسواء صدر الحكم فى التظلم من القاضى نفسه مصدر الأمر ، أو من المحكمة التى يتبعها هذا القاضى(١). كما يلاحظ أن الأحكام المستعجلة الصادرة من المحكمة الابتدائية فى النطاق الجائز فيه ذلك ، تقبل الاستئناف أمام محكمة الاستئناف العليا.

١٩١ - هل من الممكن أن ينشأ تنازع فى الولاية بين القضاء العادى وبين جهة أو هيئة قضائية أخرى بصدد الطعن بالاستئناف؟

سبق لنا القول بأن حل مشكلة عدم الاختصاص بالنسبة لمحاكم الاستئناف قد نظمه المشرع المصرى بنص المادة ١١٠ من قانون المرافعات. كما سبق القول أن مسألة الاختصاص بصدد الطعن بالاستئناف هى مسألة متعلقة بالنظام العام ، وبالتالى تلتزم محكمة الاستئناف ومن تلقاء نفسها بالتأكيد من مسألة اختصاصها بنظر الطعن المرفوع أماها ، وليس هناك جديدا يقال فى هذا المجال.

أما ما يتعلق بمسألة التنازع فى الولاية بالنسبة للطعن فى الأحكام بالاستئناف ، فإن احتمال تصوره ضئيل ، ونادر : والسبب فى ذلك هو وضوح قواعد الاختصاص الوظيفى أو الولائى بالنسبة لمحاكم الاستئناف.

ومع ذلك فتنازع الولاية بالنسبة للطعن بالاستئناف يظل قائما رغم ندرته.ويرجع ذلك إلى وجود ما يسمى بالجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائى والسابق لنا دراستها فيما سبق.

فمن المتصور أن يصدر قرار من هذه الجهات ويطعن عليها أمام محاكم الاستئناف التى تتبع القضاء العادى ، ويطعن فيه أيضا أمام مجلس الدولة.

ويتصور أيضا أن تتمسك كل جهة بنظر الطعن ، كما يتصور أن

---

(١) فتحى والى ، ص ٦٨٣ .

تتخلى الجهتان عن نظره على أساس أنها لا تملك ولاية الفصل فى هـذا الطعن. والواقع أن مثل هذا الوضع يولد نتائج خطيرة.

فكثيرا ما يكون النزاع بين الجهتين ، (القضاء العادى والقضـاء الإدارى) ، ليس مجرد خلاف على أى من الجهتين يختص بالفصل فـى النزاع ، ولكنه أعمق من لك وأبعد أثرا . فهذا الخلاف يدور فى الواقـع حول اختيار الحلول الواجب الأخذ بها فى كثير مـن المواقـف ، أهـى الحلول المدنية ، فيكون الاختصاص للمحاكم القضائية ، أم هـى الحـول الإدارية ، فيكون الاختصاص للمحاكم الإدارية[1].

وإذا ثار نزاع من هذا النوع فإنه يعرض على المحكمة الدسـتورية العليا التى تحدد جهة القضاء صاحبة الولاية فى نظر الطعن فى العمـل القضائى محل التنازع. وتقتصر سلطة المحكمة الدستورية على ذلـك دون التطرق لنظر الموضوع. ويترتب على الحكـم الصـادر فـى التنـازع الإيجابى أن يستمر سير الخصومة أمام الجهـة التـى تعينـا المحكمـة الدستورية ونزول الخصومة المرفوعة أمام الجهة الأخرى. أما إذا كـان التنازع سلبيا فإنه يترتب على الحكم فى الطلب أن الجهة التـى تقـررت ولايتها تلتزم بذلك.

وننتقل الآن إلى دراسة صحيفة الطعن بالاسـتئناف والإجـراءات المتعلقة بها.

المبحث الثانى

فى صحيفة الطعن بالاستئناف والإجراءات المتعلقة بها

١٩٢ – صحيفة الطعن بالاستئناف هى الأداة الفنية التى بواسـطتها يحمل الطعن فى الحكم المتظلم منه إلى محكمة الاستئناف.

---

(١) سليمان الطماوى ، القضاء الإدارى ، ص ١٥٢.

هذه الصحيفة ترتبط بميعاد معين يتعين رفع الطعن فيه وإلا سقط الحق فى رفع الطعن. (مطلب أول). ولهذه الصحيفة بيانات معينة لابد من دراستها ودراسة الجزاء على تخلفها أو تعيبها (مطلب ثانى).

هذه الصحيفة إذا كان يترتب على مجرد إيداعها قلم الكتاب اعتبار الطعن مرفوعا ، فإنها بذلك لا تولد خصومة إلا إذا تم إعلانها إلى المطعون ضده ، شرح الإعلان وعيوبه والجزاء المترتب على هذه العيوب ووسائل تصحيح كل ذلك مهم من الناحية الفنية والعملية على حد سواء.

هذا ما نعالجه فى المطلب الثالث.

وننتقل الآن إلى دراسة كل هذه المسائل بالتفصيل اللازم.

المطلب الأول

ميعاد الطعن بالاستئناف ، بدايته ، عوارضه ، نهايته

١٩٣ – تنص المادة ٢١٣ من قانون المرافعات على أن : " يبدأ ميعاد الطعن فى الحكم من تاريخ صدوره ما لم ينص القانون على غير ذلك. ويبدأ هذا الميعاد من تاريخ إعلان الحكم إلى المحكوم عليه فى الأحوال التى يكون فيها قد تخلف عن الحضور فى جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى ولم يقدم مذكرة بدفاعه وكذلك إذا تخلف المحكوم عليه عن الحضور وعن تقديم مذكرة فى جميع الجلسات التالية لتعجيل الدعوى بعد وقف السير فيها لأى سبب من الأسباب. كما يبدأ الميعاد من تاريخ إعلان الحكم إذا حدث سبب من أسباب انقطاع الخصومة وصدر الحكم دون اختصام من يقوم مقام الخصم الذى توفى أو فقد أهليته للخصومة أو زالت صفته. ويكون إعلان الحكم لشخص المحكوم عليه أو فى موطنه الأصلى . ويجرى الميعاد فى حق من أعلن الحكم".

هذه المادة وردت فى الفصل الأول من الباب الثانى عشر الخاص بطرق الطعن فى الأحكام ، وهذا الفصل مكرس للأحكام العامة التى تشمل كافة طرق الطعن. وسنتولى دراسة هذه المادة بالتفصيل فيما يتعلق بالطعن بالاستئناف.

وتعالج المواد ٢١٦ ، ٢١٧ من قانون المرافعات المصرى العوارض التى تعترض ميعاد الطعن فتؤثر فيه وسنعاجل أيضا هذه المواد بالتفصيل اللازم فيما يتعلق بالطعن بالاستئناف ، مع ملاحظة أن هذه المواد وردت فى الفصل الخاص بالأحكام العامة التى تنطبق على كافة طرق الطعن.

كما تنص المادة ٢٢٧ من قانون المرافعات على مقدار ميعاد الاستئناف.

وتنص المادة ٢٢٨ من قانون المرافعات على تحديد نقطة بداية جريان ميعاد الطعن بالاستئناف فى أحوال خاصة ، ونقطة البداية فى مفهوم المادة ٢٢٨ من قانون المرافعات ليست هى تاريخ صدور الحكم ، ولا تاريخ إعلانه وإنما هى بداية مختلفة تواجه مواقف استثنائية ومختلفة عن الأوضاع المألوفة فى الطعن بالاستئناف . فقدر الميعاد لا يتغير ، فلا يزال كما هو وارد فى المادة ٢٢٧ من قانون المرافعات ، ولكن نقطة بدايته هى فقط التى تختلف وسنعالج كل ذلك فى موضعه من هذه الدراسة.

١٩٤ – وفى القانون الفرنسى ، فإن المادة ٥٢٨ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد الصادر فى سنة ١٩٧٦ تنص على أن : " مالم ينص القانون على نقطة بداية خاصة لميعاد الطعن ، فإن القاعدة العامة فى القانون الفرنسى بالنسبة لكافة طرق الطعن هى أن ميعاده يبدأ من تاريخ إعلان الحكم إلى المحكوم عليه، ويكون هذا الإعلان إما بالصورة التنفيذية أو بنسخة الحكم الأصلة ".

وتنص المادة ٥٣٠ من القانون الفرنسى ـ مع ملاحظة أنـها واردة فى باب الأحكام العامة فى طرق الطعن ـ على أنه بالنسبة للأشـخاص غير كاملى الأهلية: les incapables الخاضعين لنظام الوصاية en tutelle فإن الميعاد لا يبدأ إلا من اليوم الذى يعلن فيه الحكم إلى ممثلهم القانونى ، أو من يحل محل هذا الممثل ، وذلك فى الأحوال التى لم يمثـل هـؤلاء الأشخاص فى الخصومة التى انتهت بإصدار الحكم المراد الطعن فيه.

وتنص المادة ٢/٥٣٠ على أنه فى الحالات التى يكون فيـها أحـد الأشخاص البالغين un majeur قد وضع تحت نظام القوامـة la curatelle فإن ميعاد الطعن ، بوجه عام ، لا يجرى إلا من اليوم الذى يتم فيه إعلان الحكم إلى القي عليه.

Le jour ou une notification aura ete faite au curateur.

أما عن مقدار ميعاد الطعن بالاسـتئناف فـى القـانون الفرنسـى المعاصر ، فقد مر هذا الميعاد بمراحل متعددة ، ففى قـانون المرافعـات الفرنسى القديم ، فإن ميعاد الطعن بالاستئناف كان يقدر بثلاث شـهور ، وفى سنة ١٨٦٢ أنقص هذا الميعاد إلى شهرين ، ثم بعـد هـذا أنقـص الميعاد إلى شهر واحد بالقانون الصادر فى ٣٠ أكتوبـر سـنة ١٩٣٥. وتنص المادة ٥٢٨ من قانون المرافعات الفرنسى الحالى على أن ميعـاد الطعن بالاستئناف هو شهر واحد بالنسبة للأحكام الصادرة فى المنازعات المدنية والتجارية ، ويكون الميعاد خمسة عشر يومـا بالنسـبة للأحكـام الصادرة فى المواد الولائية les matieres gradeuses.

وإذا كانت هذه القواعد العامـة المنصـوص عليـها فـى قـانون المرافعات الفرنسى فإننا سنعود إليها بالتفصيل فى طيات هذا البحث.

١٩٥ – فكرة الزمن كظرف للعمـل الإجرائـى بالنسـبة للطعـن بالاستئناف.يرى الفقه الفرنسى الحديث ، وبالذات فـى نطـاق القـانون المدنى، وعلى وجه أكثر خصوصية فى مجال فكرة التصرف القـانونى ،

ويرى هذا الفقه المعاصر ، أن العناصر التى تشترك فى تكوين التصـرف القانونى تنقسم إلى قسمين : القسم الأول يتكون من عنـــاصر شـخصية تخضع لسلطان الإرادة أحيانا. وتخضع لمطلق سلطان المشرع أحيانـــا أخرى(١). والقسم الثانى من هذه العناصر الموضوعية المنظمة: elements objectifs. هذه العناصر الموضوعية بدورها تنقسم إلى قســمين : الأول ويسميه هذا الفقه بالعناصر الموضوعية المنظمـة : elements objectifs organises .

هذا التنظيم قد يقوم به المشرع ، وقد يقوم به الأطراف بـترخيص من المشرع(٢). ومن ناحية ثانية ، يوجد من العناصر الموضوعيـة مـا يسميه هذا الفقه بالعناصر الموضوعية الخام elements objectifs purs أو الغير منظمة elements objectifs non-organses هذه العناصر كان منـها عنصر الزمن قبل أن ينظمه المشرع. وفى رأينا فإن عنصر الزمان فـى المجال الذى لا يتدخل المشرع بتنظيمه فيه ، فإنه لا يزال يحتفظ بصفتـه كعنصر موضوعى غير منظم. ونستطيع إعمال هذه النظرة فـى قـانون المرافعات ، ويمكن لنا بالتالى القول بـأن فكـرة الزمـان فـى قـانون المرافعات تعتبر أحد العناصر الموضوعية المنظمة مباشـرة مـن قبـل المشرع ، منظمة فى قدرها وجريانها وعوارضها وآثارها ، بحيـث أن دور إرادة الأطراف بالنسبة لهذا العنصر يمكن لنا اعتبـاره مجـرد دور سلبى بحت(٣).

---

(١) JEAN HAUSER : Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridque. These. Paris, 1969, p. 58.

(٢) HAUSER : La situation precontractuelle. Cours de doctorat. Dact. Bordeaux, 1977, P. 81 et s.

(٣) نبيل عمر ، دراسات فى فلسفة قانون المرافعات ، دروس على الآلة الكاتبـة لطلبـة الدكتوراه ١٩٨٠ ص ١٠٠ وما بعدها.

ويرى بعض الفقه الإجرائى فى صر أن للزمن دور هام بالنسبة للأعمال الإجرائية. والمشرع حين يتدخل لتنظيم عنصر الزمان فى نطاق القانون الإجرائى، فإنه قد ينظم هذا العنصر بطريقة مجردة أى دون علاقة بأية واقعة سابقة أو لاحقة كما هو الحال فى المادة السابعة من قانون المرافعات المصرى الحالى.

وقد يوجب المشرع القيام بالعمل فى يوم وساعة ودقيقة معينة وذلك عندما ينص مثلا على وجوب أن تبدأ المرافعة فى أول جلسة(١).

والميعاد فى قانون المرافعات هو فترة بين لحظتين ، لحظة البدء ولحظة الانتهاء.

والمواعيد إذ ينظمها المشرع فإن ذلك يساعد على تنظيم الخصومة، لأن المواعيد فى هذا المجال تلعب دورا هاما. والمواعيد فى قانون المرافعات متعددة الأنواع . فمنها مواعيد يجب أن تنقضى قبل إمكان القيام بالعمل مثل مواعيد التكليف بالحضور. ومواعيد يجب أن يتم العمل قبل بدئها مثل ميعاد إيداع الاعتراض على قائمة شروط البيع. وميعاد يجب أن يتم العمل خلاله مثل مواعيد الطعن فى الأحكام(٢). وميعاد الطعن فى الأحكام يرمى أساسا إلى التقريب بين عملين(٣).

ويرى البعض أن الوظيفة الإجرائية لمواعيد الطعن تربط بين خصومة الطعن وخصومة أصل الحق ، أى الخصومة التى انتهت بصدور الحكم المراد الطعن فيه(٤).

وفكرة الزمن فى قانون المرافعات تعتبر أحد الأشكال القانونية التى ينظمها المشرع(١).

---

(١) فتحى والى . الرسالة . ص ١٦٢ .

(٢) فتحى والى ، الرسالة ، ص ١٦٣.

(٣) فتحى والى ، الرسالة ، ص ١٦٤.

(٤) أمال الفزايرى، مواعيد المرافعات ، رسالة ، الإسكندرية ١٩٧٧ ص ٣٢ ــ ٣٣.

ومواعيد الطعن فى الأحكام تعتبر واحدة من المواعيد الإجرائية. هذه المواعيد الأخيرة تهدف إلى تحديد النشاط الإجرائى للخصوم بفترة من الزمان. وأيضا فإن هذه المواعيد الإجرائية ترتبط بالسلطات الإجرائية التى نشأت للخصوم بسبب الخصومة أو أثنائها[2]. وهدف المواعيد الإجرائية كما سبق القول هو تنظيم سير الخصومة نحو حل نهائى ، فهى ترتبط بالمراكز الإجرائية للخصوم ، وليس لها أثر مباشر على المراكز القانونية الموضوعية للخصوم ، وإن كان من الممكن أن تؤثر بطريق غير مباشر على هذه المراكز الأخيرة[3]. ومن هذا التوضيح نلاحظ اختلاف مواعيد المرافعات عن مواعيد التقادم ، فهذه الأخيرة تهدف إلى تأكيد نشأة أو انقضاء مركز واقعى أو قانونى ، فى حين أن الأولى ترتبط فقد بسلطات الخصوم الإجرائية ويجب أن يقدم الطعن ــ أيا كان الطريقة ــ خلال ميعاد معين ينص عليه القانون . فإذا لم يحترم هذا الميعاد يسقط الحق فى الطعن . وهذا السقوط يتعلق بالنظام العام. وبناء على ذلك فلا يمنع وقوع هذا السقوط اتفاق الأطراف على الميعاد أو عدم التمسك بهذا السقوط. ويمكن لأى خصم التمسك بهذا السقوط فى أية حالة كانت عليها الإجراءات وعلى القاضى أن يقضى به من تلقاء نفسه[4].

١٩٦ – بداية ميعاد الطعن بالاستئناف فى القانون المصرى ــ القاعدة العامة .

يبدأ ميعاد الطعن فى الأحكام فى القانون المصرى كقاعدة عامة من تاريخ صدور الحكم(٢١٣/١). هذه القاعدة مقررة فى التشريع المصرى منذ القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢. وما زال معمولا بها حتى الآن. وترجع الحكمة فيها إلى أن المحكوم عليه وهو طرف فى الخصومة

---

(١) إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص ٦٨٢ .
(٢) إبراهيم سعد ، ص ٦٨٧ .
(٣) أمال الغزايرى ، ص ٣٦.
(٤) فتحى والى ، ص ٥٧٥ .

يفترض فيه متابعة ما يتم فيها من إجراءات ومن أهمها الحكم. وبالتالى لا يقبل منه إدعاء بعدم العلم بتاريخ صدوره[1]. وإذا نص القانون ، فى أى فرع من فروعه على مواعيد خاصة للطعن فى الأحكام بالاستئناف ، فيجب اتباع النص الخاص ، وعلى هذا قضت محكمة استئناف القاهرة بأن مواعيد الطعن فى الأحكام الصادرة فى دعاوى الإفلاس هى مواعيد خاصة لا ينطبق عليها نص المادة ٢١٣ من قانون المرافعات[2].

والحكم يعتبر قد صدر من تاريخ النطق به ، ويكون بالتالى قابلا للطعن فيه بالطرق فى التشريع السارى وقت هذا التاريخ[3].

ولا يؤثر فى اعتبار أن الحكم قد صدر من وقت النطق به كون المحكمة ملزمة بكتابة حكمها فى شكل معين ، وفى تاريخ خاص[4].

والنطق بالحكم يقصد به تلاوة منطوقه ، أو تلاوة منطوقه مع أسبابه فى جلسة علنية وإلا كان الحكم باطلا[5]. ومع ذلك لا يلزم النطق بالحكم فى جلسة علنية فى الأحوال المستعجلة التى توجب على القاضى المستعجل الفصل فى الدعوى فى منزله عند الضرورة[6]. وكذا الأمر بالنسبة للأوامر على عرائض التى تصدر فى جلسة علنية[7].

---

(١) وفى ظل قانون ١٩٤٩ للمرافعات فكانت القاعدة العامة هى أن ميعاد الطعن بالاستئناف ، وسائر طرق الطعن ، يبدأ من تاريخ إعلان الحكم ، مادة ٣٧٩.

(٢) استئناف القاهرة ١٩٦٢/١٢/٣١ المجموعة الرسمية س ٦٠ ص ١٩٠٢.
أبو الوفا ، الأحكام ، ص ٨٩٠ هامش ١.
راجع المذكرة التفسيرية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ .

(٣) أبو الوفا ، الأحكام ، ص ١٠١ .

(٤) أبو الوفاء ، الأحكام ، ص ١٠١.

(٥) أبو الوفا ، الأحكام ، ص ٩٥ .

(٦) نقض مدنى ١٩٦٥/٥/٥ مجموعة النقض س ١٦ ص ٥٥٧ .

(٧) نقض مدنى ١٩٧١/٦/١ مجموعة النقض س ٢٢ ص ٧١٦ .

وفى رأينا أن قيام المشرع المصرى بوضع القاعدة العامة فى بداية سريان ميعاد الطعن وربطها بتاريخ صدور الحكم ، يرجع إلى النظام الذى وضعه ذات هذا المشرع حين نظم قواعد الحضور والغياب أمام المحاكم ، بحيث أنه يمكن القول أن الأحكام تصدر الآن من المحاكم إما أحكاما حضورية أو بمثابة أحكام حضورية . وهذا يفسر من وجهة أخرى إلغاء الطعن بالمعارضة – كقاعدة عامة – فى المواد المدنية والتجارية : إذ لا توجد أحكام غيابية يمكن الطعن فيها بالمعارضة.

فحسب نص المادة ٨٢ من قانون المرافعات المصرى ، على المحكمة أن تنظر الدعوى وتحكم فيها دون حاجة إلى تأجيلها كما كان يقضى بذلك القانون السابق ، لأن المدعى وقد رفع الدعوى فهو عالم بقيامها ، كما أنه يعلم بالجلسة المحددة لنظرها ، إذ توجب المادة ٦٧ تحديد الجلسة فى حضور المدعى. مع ملاحظة أن هذا الأخير قد أبدى أقواله فى صحيفة هذه الدعوى ، فلا يكون غيابه مانعا من نظر الدعوى.

ونفس الحل يؤخذ به إذا تعدد المدعون ، وتخلفوا عن الحضور جميعا ، أو تخلف البعض وحضر البعض الآخر(١).

وبالنسبة للمدعى عليه فيقصد بغيابه فى قانون المرافعات الجديد تخلفه عن الحضور فى جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى بشرط ألا يكون قد أعلن بصحيفة الدعوى لشخصه ، إذ بهذا الإعلان يتحقق علمه اليقينى بها ، وبشرط أيضا ألا يكون قد قدم مذكرة بدفاعه ، إذ بهذا يكون قد تحقق علمه بالدعوى ، ويشترط أخيرا ، ألا تكون الدعوى من الدعاوى المستعجلة(٢).

وكقاعدة عامة إذا تخلف المدعى عليه عن الحضور فى الجلسة الأولى ، فمن الواجب تأجيلها لإعادة إعلانه بجلسة جديدة تؤجل إليها

---

(١) أبو الوفا ، التعليق ج ١ ص ٣٣٢ .

(٢) أبو الوفا ، التعليق ج ١ ص ٢٣٥ .

الدعوى . وإذا أعلن المدعى عليه بالجلسة الأولى مرتين قبل حلولها ، وكان الإعلان صحيحا فى المرتين فللمحكمة الفصل فى الدعوى فى هذه الجلسة[1]. ومن هنا نستطيع القول أن الأحكام تصدر حضورية ، ومن هنا نستطيع القول لماذا ربط المشرع بداية جريان ميعاد الطعن فى الأحكام بالاستئناف من تاريخ صدورها . ومع ذلك فيظل الحل التشريعى المنصوص على قاعدته العامة فى المادة ١/٢١٣ من قانون المرافعات محل تقدير من الناحية الفقهية.

١٩٧ ـ يتساءل جانب من الفقه فى مصر حول ما إذا كان من الأنسب أن يبدأ ميعاد الطعن فى الحكم ـ كقاعدة عامة ـ من تاريخ صدوره أم من تاريخ إعلانه ؟ ويؤيد هذا الرأى موقف المشرع المصرى وينضم إليه مستندا على مجموعة من الحجج نتولى تقديرها فيما يلى[2]:

١- قرر المشرع القاعدة المنصوص عليها فى المادة ١/٢١٣ على أساس افتراض علم المحكوم عليه بالحكم ، فهذا الأخير ملزم بمتابعة الإجراءات ، وبالتالى فلا إجحاف به.

وفى رأينا أن الافتراض الذى تقوم عليه المادة ١/٢١٣ يجب ضمه إلى الأسس التى تقوم عليها قواعد الغياب المنصوص عليها فى المادة ٨٢ – ٨٦ من قانون المرافعات ، وعلى المشرع أن يعيد معالجتها مرة ثانية لكى يبينها على أسس حقيقية خالية من الافتراض . فالمدعى إذا تركناه جانبا ، فإن المدعى عليه قد يجهل حقيقة ليس صدور الحكم وإنما حتى رفع الدعوى عليه ، هذا الذى نقوله يرجع إلى أحوال الكيد التى تشيع هذه الأيام . فالخصوم يتبارون فى الكيد بعضهم لبعض ولعل التلاعب فى عملية الإعلان خير دليل على صدور أحكام لا علم لأحد بها.

٢- يستند هذا الرأى أيضا إلى أن جعل ميعاد الطعن فى الأحكام

---

(١) أبو الوفا ، التعليق ج ١ ص ٣٣٥ .

(٢) أمال الغزايرى ، رسالة ، ص ٤٩ ـ ٥٣ .

يبدأ من تاريخ صدورها يتناسب والوظيفة الإجرائية لمواعيد الطعن ، فهذه المواعيد تربط بين خصومة الحكم وخصومة الطعن فيه ، وفى رأى هذا البعض أن جعل ميعاد الطعن مرتبط بإعلان الحكم يؤدى إلى مرور زمن طويل بين صدور الحكم والطعن فيه. وفى رأينا فإن الوظيفة الإجرائية لمواعيد الطعن ليست أصناما يركع أمامها المشرع ، فالمشرع هو الذى خلق هذه الوظيفة ، وهو قادر على تنظيمها ، ومن الممكن تحديد ميعاد إلزامي يتعين على المحكوم له احترامه ، وفيه يجب أن يتم إعلان الحكم إلى المحكوم عليه . فالزمان كعنصر موضوعى خام ، يقبض عليه المشرع وينظمه ، ويسند له ما شاء له إسناده من وظائف.

٣ – يرى هذا الرأى أيضا أن ربط ميعاد الطعن فى الأحكام من تاريخ إعلانها يفقد فكرة وجود ميعاد للطعن حدودها المعقولة ، فقد يتراخى الإعلان لمدة بالغة الطول. وفى ما عرضناه من قبل من نقد ما يكفى لهدم هذه الحجة من أساسها(١).

وحتى هذا الرأى لم يحتفظ بتأييده لنص المادة ٢١٣ / فنادى ببعض ما وجهناه له من نقد(٢).

وليس هناك من شك فى أن المشرع الفرنسى ، رغم ما يتميز به العمل القضائى فى فرنسا من دقة ، قد أخذ بقاعدة سريان ميعاد الطعن فى الأحكام من تاريخ إعلانها كما سبق البيان(٣)، وذلك للاعتبارات العملية التى قد تكتنف الإعلان أو الحضور والغياب أمام المحكمة.

بعد أن حددنا القاعدة العامة فى بداية ميعاد الطعن فى الأحكام بالاستئناف ، نعالج فيما يلى الأحوال التى يبدأ فيها ميعاد الطعن من تاريخ إعلان الحكم.

---

(١) راجع فى عرض هذه الآراء أمال الغزايرى ص ٥٣.

(٢) المرجع السابق ، ص ٥٣ ـ ٥٤ .

(٣) VINCENT : OP. CIT. P. 786 – 787.

١٩٨ – الحالات التى يبدأ فيها ميعاد الطعن فى الأحكام بالاستئناف من تاريخ إعلان الحكم المراد الطعن فيه.

القاعدة العامة فى القانون الفرنسى هى كما سبق القول أن بداية ميعاد الطعن بالاستئناف فى الأحكام ترتبط بتاريخ إعلان هذا الحكم.

وفى مصر تنص المادة ١/٢١٣ ، ٢ على أحوال ثلاثة يبدأ فيها ميعاد الطعن بوجه عام ، ومنه الطعن بالاستئناف، من تاريخ إعلان الحكم المراد الطعن فيه نعالج فيما يلى بالتفصيل اللازم هذه الحالات الثلاثة:

١– الحالة التى يتخلف فيها المحكوم عليه عن الحضور فى جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى مع عدم تقديمه مذكرة بدفاعه.

والأساس الذى تقوم عليه هذه الحالة يكمن فى أن المحكوم عليه لم يتأكد علمه بقيام الخصومة ، ولعل المشرع يحاول هنا علاج مساوئ الإعلان الذى تم أمام أول درجة ، فيربط بداية ميعاد الطعن فى الحكم بالإعلان وليس بتاريخ صدور الحكم كما تقضى بذلك القاعدة العامة.

والجمهور متفق على أن هذا الاستثناء الأول من القاعدة المنصوص عليها فى المادة ١/٢١٣من قانون المرافعات لا يطبق على المدعى ، لأنه يعتبر عالما بقيام الخصومة فى جميع الأحوال[1]. ويقصد بالمدعى هنا ، المدعى بالنسبة للطلب الذى صدر فيه الحكم.

ويشترط لأعمال هذه الحالة الأولى أن يتخلف المدعى عليه عن الحضور ولو كان قد أعلن أكثر من مرة وكان إعلانه صحيحا ، لأن الإعلان لو كان باطلا لوجب على المحكمة من تلقاء نفسها الأمر بإعادته مصححا[2]. ونفس الحكم يسرى ولو كان قد أعلن لشخصه . ويقصد بالمدعى عليه هنا ، ذلك الخصم الذى يشغل مركز المدعى عليه بالنسبة

(١) أبو الوفا ، الأحكام ، ص ٨٩٢ .

(٢) أبو الوفا ، ص ٨٩٢.

للطلب الذى صدر فيه الحكم أو من فى حكمه كالمختصم بأمر المحكمة أو بإرادة أحد الخصوم[1].

ومن جهة أخرى فإذا تخلف المدعى عن الحضور فى جميع الجلسات ، وحضر المدعى عليه وأدلى بطلبات عارضة بإعلانها إلى المدعى الذى تخلف أيضا عن الحضور ، فإن هذا المدعى يصير بمثابة مدعى عليه بالنسبة لهذه الطلبات العارضة ، ومن ثم إذا تخلف عن الحضور فى جميع الجلسات التى بدأت بعد تقديم الطلبات العارضة بطريق الإعلان ولم يقدم مذكرة بدفاعه ، فإن ميعاد الطعن فى الحكم الصادر فى هذه الطلبات العارضة لا يبدأ إلا من تاريخ إعلانه (م٢١٣/١)[2].

ومع ذلك فإن الفقه يشترط أن يصدر فى هذه الطلبات العارضة حكم مستقل عن الحكم الصادر فى الطلب الأصلى ، حتى يتمكن أن يبدأ ميعاد الطعن من تاريخ الإعلان ، إنما إذا صدر حكم واحد فى الطلب الأصلى والعارض فإن المشرع يفترض علم المدعى بقوة القانون بالحكم الصادر فى الطلبين،وبالتالى يبدأ ميعاد الطعن من تاريخ صدور الحكم[3].

وتخلف المدعى عليه ومن فى حكمه المقصود هنا هو التخلف عن حضور جميع الجلسات الخاصة بالخصومة المتولدة عن الطلب الذى صدر فيه الحكم[4]. ويشترط بالإضافة إلى كل هذا ، وحتى يبدأ ميعاد الطعن من تاريخ إعلان الحكم ، ألا يكون المدعى عليه قد قدم مذكرة بدفاعه إلى قلم الكتاب . لأن هذه المذكرة تفيد علمه بالخصومة ، وتفيد بالتالى إمكانية علمه بالحكم الذى سوف يصدر فى هذه الخصومة[5].

---

(١) كمال عبد العزيز ، ص ٤١٦ .

(٢) أبو الوفا ، الأحكام ، ص ٨٩٢ ، فتحى والى ، ص ٥٧٦.

(٣) عكس ذلك ، عبد المنعم حسنى ، ص ١١٤.

(٤) كمال عبد العزيز ، ص ٤١٦ .

(٥) أبو الوفا ، الأحكام ، ص ٨٩٢.

٢ – تخلف المحكوم عليه عن الحضور وعن تقديم مذكرة بدفاعه في جميع الجلسات التالية لتعجيل الدعوى بعد وقف السير فيها لأى سبب.

يقصد بالمحكوم عليه فى هذا الصدد المدعى أو المدعى عليه الذى صدر الحكم المراد الطعن فيه ضده ، كما يقصد بالمحكوم عليه أيضا فى هذا الصدد كل من يشغل مركز المدعى أو المدعى عليه.

ويقصد بوقف الدعوى ، أو بمعنى أدق وقف سير الخصومة ، ذلك الوقف الذى ينشأ لأى سبب من الأسباب كما هو الحال فى الوقف بقوة القانون المترتب على رفع طلب رد القاضى . والوقف الاتفاقى المنصوص عليه فى المادة ١٢٨. والوقف الجزائى الذى تحكم به المحكمة المنصوص عليه فى المادة ٩٩ من قانون المرافعات ، وأيضا الوقف التعليقى الذى تقوم بإجرائه المحكمة إذا وجدت أن الفصل فى النزاع المطروح أمامها يستلزم الفصل فى مسألة تخرج عن اختصاصها النوعى.

وأيضا فإنه يترتب على انقطاع الخصومة لحدوث عارض من العوارض المنصوص عليها فى المادة ١٣٠ من قانون المرافعات امتناع السير فيها ، أى وقف السير فى هذه الخصومة وبالتالى فمثل هذا الوقف إذا وقع وتخلف المحكوم عليه عن الحضور فى أى جلسة تالية لتعجيل سير الخصومة ، فإن ميعاد الطعن لا يبدأ إلا من تاريخ إعلانه بالحكم الصادر فيها.

ويدخل فى حكم هذه الحالة الوضع الذى ينقطع فيه تسلسل الجلسات أمام المحكمة لأى سبب من الأسباب ، كالعطلة الرسمية غير المتوقعة ، فإذا صدر الحكم رغم تخلف المحكوم عليه عن الحضور فى جميع الجلسات التالية للتعجيل ، فإن ميعاد الطعن بالنسبة إليه يبدأ من تاريخ إعلانه بالحكم الصادر[1].

---

(١) المذكرة الايضاحية للقانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٢.

– نقض مدنى ١٩٧٠/١/١٥ مجموعة النقض س ٢١ ص ١٢٧.

ويسرى هذا الحكم على المحكوم عليه سواء أكان هو المدعـــى أو المدعى عليه. وينظر إلى تخلف المحكوم عليه عن الحضور بالنسبة فقـط إلى الجلسات التالية للتعجيل. ولا يعتد بمسألة سبق حضـوره ، أو سـبق تقديمه لمذكرة بدفاعه قبل التعجيل ، فالنص ينطبق ، بناء على ذلك ولـو كان المحكوم عليه ، قد حضر أو قدم مذكرة بدفاعه قبل التعجيل[١].

والحكمة الكامنة وراء نص المادة ٢١٣ فى هذا الصدد ، والتى مـن أجلها ربط المشرع بين بداية ميعاد الطعن ، وتاريخ إعلان الحكم ، فإنـها ترجع إلى احتمال جهل الخصم بالحكم الصادر فى الخصومـة إذا وقـف السير فيها لأى سبب.

ومن جهة أخرى ، فإنه من نافلة القول أن نذكر أن الخصم الـذى يقوم بتعجيل الدعوى بعد وقف السير فيها ، فإن ميعاد الطعن فى الحكـم الصادر يبدأ بالنسبة له من تاريخ صدوره ، وليس من تاريخ إعلانه. هـذا الحكم يسرى بالنسبة لهذا الخصم ولو تخلف عن الحضور أو لـم يقـدم مذكرة بدفاعه فى جميع الجلسات التالية للتعجيل ، فهو بالتعجيل قد أثبـت علمه بقيام الخصومة ، ويستوى أن يكون هو المدعى أو المدعى عليه[٢].

وإذا شطبت الدعوى ، لأى سبب ، ثم تم تعجيلها ، وبعد التعجيـل تخلف المحكوم عليه عن الحضور وعن تقديم مذكرة فى جميع الجلسـات السابقة على صدور الحكم ، هنا يبدأ ميعاد الطعن بالنسبة لهذا الخصم من تاريخ إعلانه بشرط أن يكون هو فى مركز الخصم الذى عجلت الدعـوى فى مواجهته ، سواء كان المدعى أو المدعى عليه[٣]. ونفس الحل يسـرى فى الأحوال التى تشطب فيها الدعوى ، ويحضر أحد الخصوم قبل انتـهاء الجلسة فإعمالا للمادة ٨٦ مرافعات يعتبر قرار الشطب كأن لم يكن ، فإذا

---

(١) أبو الوفاء ، الأحكام ، ص ٨٩٣.

(٢) رمزى سيف ، الوسيط ، ص ٧٨٢.

(٣) أبو الوفا ، الأحكام ، ص ٨٩٤.

صدر الحكم مع هذا رغم تخلف الخصم الآخر عن الحضور وعن تقديم مذكرة فإن ميعاد الطعن بالنسبة للمحكوم عليه الغائب يبدأ من تاريخ إعلانه ، أما بالنسبة لمن حضر فإن ميعاد الطعن بالنسبة له يبدأ من تاريخ صدور الحكم.

وتأجيل القضية إلى جلسة تالية لا يترتب عليه وقف الخصومة ، وبالتالى فلا مجال لإعمال المادة ٢١٣ ، لأنه بالتأجيل لا ينقطع تسلسل الجلسات ، وبعد التأجيل فمن المعلوم للكافة الجلسة الجديدة التى أجلت إليها القضية.

وإذا أعيدت الدعوى المحجوزة للحكم إلى المرافعة وجب على المحكمة إعلان من تخلف بفتح باب المرافعة ، وبتحديد جلسة جديدة لإعادة نظر الدعوى ، والذى يقوم بالإعلان قد يكون هو من حضر من الخصوم ، أو بواسطة قلم الكتاب ، وإذا صدر الحكم رغم عدم حضور من لم يعلن ، أو من أعلن ولم يحضر فإن ميعاد الطعن يبدأ بالنسبة لهم من تاريخ الإعلان[1].

٣ – إذا حدث سبب من أسباب انقطاع الخصومة ، وصدر الحكم دون اختصام من يقوم مقام الخصم الذى توفى أو فقد أهليته أو زالت صفته.

والحكمة من هذه الحالة ، التى يبدأ فيها ميعاد الطعن من تاريخ الإعلان ، هى أن المشرع يخشى فى هذه الحالات ألا يكون المحكوم عليه على علم بصدور الحكم. ولذا لا يسرى فى مواجهته ميعاد الطعن إلا بإعلان الحكم إليه لشخصه أو فى موطنه الأصلى.

وخطورة هذه الحالة تتمثل فى أن الخصومة تكون قد انقطعت لقيام سبب من أسباب الانقطاع ، ولم يختصم من يقو مقام الخصم الذى حدث به العارض.

---

(١) أبو الوفاء ، الأحكام ، ص ٨٩٥ ، عبد المنعم حسنى ، ص ١١٦.

ويجب أن يتم إخطار طرفى الخصومة حتى يتم الاتصال بالدعوى.

وإذا تعدد من يقوم مقام من حل به العارض فيجب تعجيل الدعوى بالنسبة لهم جميعا وإلا سرى حكم المادة ٢١٣ بالنسبة لمن لم يختصم أو يعلن منهم.

وفى الواقع فإن الحكم الصادر دون اختصام من يقو مقام الخصم الذى حل به العارض يكون باطلا لأنه مبنى على إجراءات باطلة ، ويطعن فيه بهدف إبطاله ، ويبدأ ميعاد الطعن فى هذه الحالة من تاريخ الإعلان بالحكم.

أما الطرف الذى لم يقم به العارض ، فإن ميعاد الطعن بالنسبة له يبدأ من تاريخ صدور الحكم ، ويرى البعض أن حكم المادة ٢١٣ قد ورد بصيغة عامة وبالتالى فهو يسرى على كل محكوم عليه سواء كان هو من قام به العارض أو من لم يقم به هذا العارض ، والواقع أن حكمة الاستثناء تتوافر فى هذه الحالة ، فمن يقوم من الخصوم بالتعجيل يفترض فيه العلم وفى هذه الحالة لا توجد حكمة فى ربط ميعاد الطعن فى الحكم بتاريخ إعلانه بالنسبة له. وبديهى أن من يقوم بالتعجيل قد يكون غير من قام به العارض ، أو هو ذات من قام به هذا العارض أو من يمثله[1].وفى كلمة واحدة فكل من يفترض فيه الجهل بقيام الخصومة أو بصدور الحكم، وكان هو محكوما عليه ، يبدأ ميعاد الطعن بالنسبة له من تاريخ الإعلان.

ويلاحظ بالنسبة لهذه الحالات الثلاث ، التى يبدأ فيها ميعاد الطعن من تاريخ الإعلان ، أنها وردت فى التشريع على سبيل الحصر ، فلا يجوز القياس عليها.

والإعلان الذى يعتد به فى هذا المجال كنقطة بدء لسريان الميعاد هو الإعلان الصحيح ، الذى يتم لشخص المحكوم عليه أو فى موطنه

---

(١) عبد المنعم حسنى ، ص ١١٧ ، فتحى والى ص ٥٧٧.

الأصلى (م٢١٣/٣) ، فلا يعتد بالإعلان فى قلم الكتاب ، أو فى الموطن المختار. ويجب أن يتم هذا الإعلان بناء على طلب المحكوم له فقط ، وإذا كان لكل من الخصمين الحق فى الطعن ، وكان الميعاد يبدأ بالنسبة لهما من إعلان الحكم ، فإن قيام أحدهما بإعلان الآخر يؤدى إلى بدء الميعاد أيضا بالنسبة للمعلن (م٢١٣/٤)(١).

ولا يعنى بدء الميعاد بالإعلان أنه ليس للمحكوم عليه أن يطعن فى الحكم قبل هذا الإعلان ، فهو يستطيع أن يطعن فيه بمجرد صدوره ، ولكن معناه أن حقه فى الطعن لا يسقط إلا بعد انقضاء ميعاد الطعن محسوبا من إعلانه بالحكم.

١٩٩ – الحالات التى يبدأ فيها ميعاد الطعن بالاستئناف من واقعة أخرى غير تاريخ صدوره ، وغير تاريخ إعلانه:

تنص المادة ٢٢٨ من قانون المرافعات على أنه : " إذا صدر الحكم بناء على غش وقع من الخصم أو بناء على ورقة مزورة أو بناء على شهادة زور أو بسبب عدم إظهار ورقة قاطعة فى الدعوى احتجزها الخصم فلا يبدأ ميعاد استئنافه إلا من اليوم الذى ظهر فيه الغش أو الذى أقر فيه بالتزوير فاعله أو حكم بثبوته أو الذى حكم فيه على شاهد الزور أو اليوم الذى ظهرت فيه الورقة التى احتجزت.

فهنا نجد أن المشرع قد ربط بداية الطعن فى الحكم بالاستئناف بأمور أخرى غير يوم صدور الحكم ، وغير تاريخ إعلانه ، فمن اليوم الذى يظهر فيه الغش ، أيا كانت طريقة الظهور ، والمكلف بإثبات هذا الغش هو الخصم صاحب المصلحة فى الطعن ، أو من اليوم الذى يقر فيه

---

(١) فتحى والى ، ص ٥٧٨ .

نقض مدنى ١٩٦٣/٢/٧ مجموعة النقض س ١٤ ص ٢٢٦.

نقض مدنى ١٩٦٨/١٢/٣١ مجموعة النقض س ١٩ ص ١٦٠٨.

نقض مدنى ١٩٦٢/١/١١ مجموعة النقض س ١٣ ص ٥٤.

بالتزوير فاعله ، أيا كانت طريقة هذا الإقرار ، ومن اليوم الذى يصدر فيه الحكم بثبوت التزوير ، أو من اليوم الذى يعلن فيه هذا الحكم بحسب الأحوال (م٢١٣) ،أو من يوم ظهور الورقة التى احتجزت أيا كانت كيفية هذا الظهور ، من تاريخ هذه الوقائع ينفتح ميعاد الطعن بالاستئناف.

إلى جانب ذلك يشترط أن يكون الحكم الصادر ، والمراد الطعن فيه بالاستئناف قد بنى على هذه الوقائع ، ويقصد ببناء الحكم على هذه الوقائع قيام صلة وثيقة بين منطوق الحكم وبين الغش أو التزوير أو غير ذلك من الوقائع المذكورة فى المادة ٢٢٨ سابقة الذكر. أما إذا وجد إلى جانب هذه الوقائع وقائع أخرى ، بحيث يمكن تأسيس منطوق الحكم عليها ، فإن الطعن فى هذا الحكم يخضع للقواعد العامة.

٢٠٠ – ومن جهة أخرى ، فإن بداية ميعاد الطعن بالاستئناف فى الأحكام الغيابية ، فى المجال الذى لازالت توجد فيه هذه الأحكام ، لا يبدأ إلا من اليوم الذى تصبح فيه المعارضة فى هذه الأحكام غير مقبولة ، أو من اليوم الذى يحكم فيه باعتبارها كأن لم تكن.

وبالنسبة للأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع والتى لا تنتهى بها الخصومة فإن ميعاد الطعن فيها بالاستئناف يبدأ من بدء ميعاد الطعن فى الحكم المنهى للخصومة.

كل هذا كان يتعلق بنقطة بداية ميعاد الطعن بالاستئناف.

نتناول فيما يلى قدر هذا الميعاد وكيفية حسابه.

٢٠١ – مقدار ميعاد الطعن بالاستئناف وكيفية حساب هذا الميعاد. تنص المادة ٢٢٧ من قانون المرافعات على أن : " ميعاد الاستئناف أربعون يوما مالم ينص القانون على غير ذلك.

ويكون الميعاد خمسة عشر يوما فى المواد المستعجلة أيا كانت المحكمة التى أصدرت الحكم.

ويكون ميعاد الاستئناف ستين يوماً بالنسبة للنائب العام ومن يقوم مقامه ".

لا يوجد في القانون المصرى كقاعدة عامة ميعاد يتعين انقضاؤه بأكمله قبل مباشرة الطعن بالاستئناف في الأحكام التي تقبل ذلك . فالقاعدة في القانون المصرى هي أن للخصم الذي يتضرر من الحكم الحق في رفع استئناف عنه بمجرد صدوره بغير أن يكون مضطراً للتريث وقتاً ما[1].

ومع ذلك ففي الأماكن ملاحظة أن هناك بعض حالات في التشويع المصرى ، ينص فيها المشرع صراحة على ضرورة الانتظار مدة معينة حتى يمكن مباشرة الحق في الاستئناف. من ذلك مثلاً الحالات التي ينص فيها المشرع على عدم جواز الطعن في الأحكام التي لا تنتهي بها الخصومة إلا مع الحكم المنهى لهذه الخصومة. ومن ذلك أيضاً الأحوال التي يصدر فيها الحكم غيابياً ، فهنا لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف من جانب الخصم الحاضر طالما أن الطعن فيه بطريق المعارضة مازال مفتوحاً للخصم الغائب . وعلى الخصم الحاضر إن كان ذا مصلحة في طرح الخصومة على المحكمة الاستئنافية ، أن يعلن خصمه الغائب ليجرى في حقه ميعاد المعارضة ، وليضع حداً للخصومة أمام محكمة الدرجة الأولى. وذلك حتى لا يتجمع طريقان من طرق الطعن في حكم واحد ، في آن واحد[2].

والقاعدة في حساب ميعاد الاستئناف هي أنه لا يحسب من هذا الميعاد اليوم الذي وقع فيه الأمر المعتبر في نظر القانون مجرياً للميعاد ، وذلك أياً كانت النقطة التي يبدأ منها الميعاد. ويبدأ حساب الميعاد من اليوم التالي لحصول هذا الأمر أو ذاك. وترتد الحكمة في ذلك أنه يجب تفادى

---

(١) العشماوى ، المرجع السابق ، ص ٨٦٩ .

(٢) العشماوى ، المرجع السابق ، ص ٨٦٩ .

حساب كسور الأيام حتى لا يؤول الأمر فى النهاية إلى حساب الميعاد بالساعة[1]. وينقضى ميعاد الطعن بالاستئناف بانقضاء اليوم الأخير منه (م١٥/٢). ويحسب هذا الميعاد بالتقويم الشمسى[2]. ويضاف إلى ميعاد الطعن ميعاد مسافة ، ويتكون من ميعاد الاستئناف وميعاد المسافة ميعادا واحدا يمتد إذا صادف آخره عطلة رسمية ، ويكون الامتداد إلى أول يوم عمل يعقب هذه العطلة.

ويرجع فى تحديد مواعيد المسافة إلى المادة ١٦ ، ١٧ من قانون المرافعات.

ولما كان الطعن بالاستئناف يعتبر قد قطع المدة (مدة التقادم) ، بتقديم صحيفة الطعن إلى قلم الكتاب ، فإن ميعاد المسافة المقررة له عملا بالقواعد العامة لا يحتسب إلا على أساس المسافة بين موطنه ومقر المحكمة،ولا يعتد على وجه الإطلاق فى هذا الصدد بموطن المراد إعلانه[3] .

ويلاحظ أنه إذا أوجب القانون إتخاذ سلسلة من الإجراءات فى مواعيد متتالية لعمل قانونى معين ، فلا يضاف لمصلحة متخذ الإجراءات بسبب بعد موطنه إلا ميعاد مسافة واحد.

وإذا كان القانون يوجب على المستأنف رفع الاستئناف فى الميعاد المقرر للطعن ، فيكفى حتى يحترم الميعاد أن تودع صحيفة الاستئناف قلم الكتاب فى خلال ميعاد الطعن بالتطبيق للقواعد العامة فى رفع الدعوى ، ويعتبر الاستئناف كأن لم يكن إذا لم يتم تكليف المستأنف عليه بالحضور

(١) أبو الوفا ، مدونة الفقه والقضاء ، ج ٢ ، ص ٣٢ .
(٢) نقض مدنى ١٩٦٨/١١/١٩ مجموعة النقض س ١٩ ص ١٣٩١.
- نقض مدنى ١٩٦٧/٤/٥ مجموعة النقض س ١٨ ص ٧٨٦.
(٣) أبو الوفا ، الدفوع ، ص ٣٦٤ .
- نقض ١٩٦٨/١١/٢٨ مجموعة النقض س ١٩ ص ٣١٥ .

خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم صحيفته إلى قلم الكتاب.

ولا يعتبر الاستئناف قائماً إلا بإتخاذ هذين الإجراءين.

ولما كان الاستئناف يقتضي انتقال المستأنف من موطنه إلى مقـــر المحكمـــة الاستئنافية ، فإنه يتعين أن يضاف ميعـــاد مسافـــة إلـــى ميعاد الاستئنـــالإ يتحـــدد على أساس المسافة بين ذلك الموطن وهذا المقر(١).

وبما أن إعلان الطعن إلى المرفوع عليهم لا يقتضي الانتقال مـــن جديد إلى مقر المحكمة الاستئنافية لافتراض تواجد المستأنف فيـــه ، فـــلا يضاف ميعاد المسافة المتقدم مرة ثانية إلى ميعاد الإعلان ، وإنما يضـــاف إلى هذا الميعاد ــ ميعاد الإعلان ــ ميعاد مسافة،حســـب بعـــد موطـــن المستأنف عليه ، ويحسب هذا الميعاد الأخير على أساس المسافة بين مقر المحكمة الاستئنافية وموطن المستأنف عليه الذى يعلن فيه بالطعن(٢).

وتنتفي علة إضافة ميعاد المسافة بالنسبة إلـــى المســـافات داخـــل مدينتين ، متى احتسبت مسافة السفر بينهما(٣). والانتقال الذى تتصـــرف إليه مواعيد المسافة هو انتقال من يستلزم الإجراء ضرورة انتقالهم ، وهم الخصوم ومن ينوب عنهم(٤).وإذا تصادف خلال سير الميعاد عطلة رسمية فإن هذه العطلة لا تؤثر على سريان هذا الميعاد ، بل أنـــه يســـرى فـــى أثنائها(٥).

وميعاد الاستئناف إذا كان يمتد إلى أول يوم عمل تالى لنهاية العطلة التى صادفت آخره ، فإن هذا الامتداد يتم عملاً بالأصل العام دون حاجة

---

(١) أبو الوفا ، الدفوع ، ص ٣٦٨ .

(٢) أبو الوفا ، الدفوع ، ص ٣٧٠.

(٣) نقض مدنى ١٩٥٩/٤/٢٣ المحاماة ، ص ٤٠ ص ٩٨٣ .

(٤) نقض مدنى ١٩٦٦/٤/٢٣ مجموعة النقض س ١٧ ص ٣٤٣ .

– نقض مدنى ١٩٦٥/٤/١٨ مجموعة النقض س ١٦ ص ٤٥٢.

(٥) نقض مدنى ١٩٣٥/٦/٢٠ المحاماة س ١٦ ص ٢٧٧ .

إلى نص خاص يقرر ذلك[١].

وحكمت محكمة النقض المصرية بأنه إذا أثبت الحكم أنه كان في مكنة المستأنف أن يتحرى في خلال ميعاد الاستئناف عن المكان الجديد الذى انتقل إليه المستأنف عليه ويعلنه فيه ، أو يعلنه في المحل المختار المبين بورقة إعلان الحكم الابتدائى ، فإنه يكون في غير محله القول بأن تغيير المستأنف عليه محله يعتبر من قبيل القوة القاهرة ، وتبعا لذلك يمتد ميعاد الاستئناف[٢].

وإذا رفع الاستئناف في الميعاد أمام محكمة غير مختصة ، فحكمت هذه الأخيرة بعدم اختصاصها وأحالت الطعن إلى محكمة الاستئناف المختصة ، فإن ذلك لا يفوت على المستأنف استئنافه طالما أنه قد رفع أصلا مستوفيا لأوضاعه القانونية[٣].

ويعتبر الاستئناف مرفوعا في الميعاد المحدد في القانون متى أودعت صحيفته قلم كتاب المحكمة في الميعاد المحدد.لرفع الاستئناف. وكان القانون السابق يفرق بين الاستئناف الذى يرفع بصحيفة ، فكان يشترط لرفع الاستئناف في الميعاد وجوب أن يتم إعلان الصحيفة إلى الخصم قبل انقضاء ميعاد الاستئناف ، بمعنى أنه كان لا يكتفى بتقديمها لقلم المحضرين لإعلانها.

أما إذا كان الاستئناف يرفع بعريضة ، فإنه يكفى لاعتباره مرفوعا في الميعاد أن تقدم العريضة إلى قلم الكتاب في الميعاد ، أما ا يتلو ذلك من إجراءات ، فإنها تدخل في إجراءات تحضير الاستئناف وتنفتح بها مواعيد جديدة[٤].

---

(١) عبد المنعم حسنى ، المرجع السابق ، ص ٣٣٤.

(٢) نقض مدنى ١٩٥٥/٢/١٧ مجموعة النقض س ٦ ص ٧٠٨.

(٣) استئناف الإسكندرية ١٩٥٢/١/٨ المحاماة س ٢٣٢ ص ٩٥١ .

(٤) العشماوى ، المرجع السابق ، ص ٨٧٤.

ويلاحظ أن كل الشرح السابق خاص بالاستئناف الأصلي ، أما الاستئناف الفرعي فيراعى أن ميعاد رفعه يظل مفتوحاً إلى لحظة قفل باب المرافعة بالنسبة للاستئناف الأصلي.

وميعاد الطعن بالاستئناف في القانون المصري الحالي هو ، كقاعدة عامة ، أربعون يوماً ، وذلك بالنسبة للأحكام الصادرة في الدعاوى الموضوعية وخمسة عشر يوماً بالنسبة للأحكام الصادرة في الدعاوى الوقتية والمستعجلة ، وإذا رفع الاستئناف من النائب العام أو ممن يقوم مقامه ، فإن ميعاده يكون ستون يوماً ، ويستوي في الميعاد أن يكون الحكم صادراً من محكمة جزئية أو ابتدائية.

وبما أن الاستئناف الفرعي يعتبر دفاعاً ضد الاستئناف الأصلي وبالتالي فلا يمكن رفعه قبل الاستئناف الأصلي ، لهذا سبق لنا القول أنه متى رفع الاستئناف الأصلي ، فإن الاستئناف الفرعي يجوز رفعه في أية حال كانت عليها الدعوى أمام محكمة الاستئناف ، ولحين قفل باب المرافعة فيها.

ويلاحظ أنه إذا بدأ ميعاد الاستئناف في ظل القانون السابق فإنه ينتهي وفقاً لأحكامه ، أما إذا بدأ في ظل القانون الجديد فإنه يسري على أساس المواعيد التي يحددها هذا القانون.

وتعتبر المواعيد الواردة في المادة ٢٢٧ من قانون المرافعات هي القاعدة العامة في هذا الشأن ، فلا يستثنى منها سوى ما يرد في شأنه نص خاص ، ويتعين في هذه الحالة الأخيرة قصر الاستثناء على ما ورد به النص الاستثنائي دون التوسع فيه.

٢٠٢ – وتنص المادة ٢١٥ من قانون المرافعات المصري على أنه: " يترتب على عدم مراعاة مواعيد الطعن في الأحكام سقوط الحق في الطعن وتقضي المحكمة بالسقوط من تلقاء نفسها ".

من المسلم به أن عدم رفع الطعن فى الميعاد يؤدى إلى سقوط الحق فى رفع الطعن ، ويكون للمطعون ضده التمسك بعدم قبول هذا الطعن لسقوط الحق ، كما يكون لكل ذى مصلحة التمسك بذلك لتعلق ميعاد الطعن بالنظام العام ، كما يكون للمحكمة المرفوع أمامها الطعن القضاء بذلك من تلقاء نفسها.

ويلاحظ الفرق بين هذه الحالة ، وحالة عدم اتخاذ الإجراء فى الميعاد المقرر لإتخاذه ، فعدم اتخاذ الإجراء فى ميعاده يؤدى إلى بطلانه بسبب العيب فى الشكل ، لأن الميعاد يعتبر شكل قانونى للإجراء ، يترتب على عدم احترامه بطلان العمل[1].

ومواعيد السقوط ، كما يراها الجمهور ، تحتل مركزاً وسطاً بين مواعيد التقادم والمواعيد الإجرائية ، وإن كان البعض يميل إلى اعتبارها مواعيد إجرائية إذ أنها تؤدى وظيفة إجرائية داخل الخصومة ، وتتفق مع المواعيد الإجرائية فى أحكامها[2].

ومواعيد السقوط لا تسرى فى مواجهة من يستحيل عليه استحالة مطلقة الالتجاء إلى القضاء . وسبق القول أن انقضاء المواعيد الإجرائية يرتب سقوطاً للحق الإجرائى يثار فى صورة دفع بعدم القبول. والمواعيد الإجرائية ، كشكل قانونى للإجراءات تحدد تحديداً جامداً بواسطة المشرع الذى لا يترك لإرادة الأطراف أى سلطان فى تحديد هذه المواعيد ما لم ينص على ذلك صراحة[3].

وإذا رفع طعن فى حكم قبل الميعاد الذى حدده المشرع كبداية لسريان الميعاد ، كما هو الحال إذا رفع طعن فى حكم فرعى غير منهى

---

(١) أبو الوفا ، الدفوع ، ص ٣١ ــ ٣٢ .

– نقض مدنى ١٩٧٢/٦/٣ مجموعة النقض س ٢٣ ص ١٠٧١.

(٢) إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص ٦٨٧.

(٣) إبراهيم سعد ، ص ٦٨٩ .

للخصومة ، ولم يكن الحكم المنهى لهذه الخصومة قد صدر بعد ، كما تنص على ذلك المادة ٢١٢ من قانون المرافعات ، فإن المحكمة لا تقضى بالسقوط ، وإنما تقضى بعدم قبول الطعن لرفعه قبل الميعاد[١].

ويلاحظ البعض أن عدم رفع الاستئناف خلال الميعاد هو عمل إجرائى سلبى ، والمادة ٢١٥ من قانون الرافعات المصرى ترتب سقوط الحق فى رفع الاستئناف على عدم رفع الاستئناف فى الميعاد ، وليس على مجرد مضى الميعاد دون رفعه.

وبناء على ذلك فإذا ثبت أن عناصر العمل السلبى وأهمها الإرادية لم تتوافر بأن منع الشخص بقوة قاهرة أو حادث جبرى حال دون رفع الاستئناف فى الميعاد فإن الأثر القانونى وهو سقوط الحق فى الاستئناف لا يتحقق[٢]. ويجب مراعاة التفرقة بين سقوط الحق فى عمل ما ، ومعنى النزول إن الحق ، فالسقوط يرجع إلى عدم إتباع الطريق القانونى لاستعمال الحق أو عدم مراعاة المواعيد المحددة لذلك. أما النزول فمعناه اتجاه الإرادة إلى إحداث آثار النزول[٣].

ورفع الطعن بالاستئناف بعد الميعاد يحقق جزءان : الأول هو السقوط الذى يقع بقوة القانون وبمجرد فوات ميعاد الطعن دون رفع هذا الطعن ، والثانى هو البطلان الذى يتحقق بسبب رفع الطعن فى غير الظرف الزمنى الذى حدده القانون ، هذين الجزائين يتفاعلان معا لتوليد عدم قبول الطعن المرفوع بالمخالفة للميعاد.

هذا السقوط يتعلق بالنظام العام[٤]. ولا يكون للمطعون ضده النزول عن هذا السقوط ، لأن مسائل النظام العام لا يجوز النزول عنها أو الصلح

---

(١) أبو الوفا ، التعليق ، ج ١ ، ص ٦٦٨ .

(٢) فتحى والى ، الرسالة ، ص ٩٥.

(٣) عبد المنعم حسنى ، ص ١٥٩.

(٤) نقض مدى ١٩٣١/٥/٢١ المحاماة س ١٧ ص ١٨٣.

عليها[1].

ويمكن التمسك بهذا السقوط فى أية حال تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض. وإذا لم يتمسك الخصم بهذا السقوط ، وإذا لم تتنبه المحكمة للحكم به من تلقاء نفسها ، وصدر الحكم فى الطعن وصار باتا ، فلا سبيل بعد ذلك للتمسك بالدفع[2].

٢٠٣ – العوارض التى تعترض ميعاد الطعن بالاستئناف.

نتولى فيما يلى شرح وتحليل نص المادتين ٢١٦ و ٢١٧ من قانون المرافعات المصرى ، وقد وردتا فى باب الأحكام العامة فى طرق الطعن، وبالتالى فلهما نطاق عام من ناحية التطبيق ، أى أنهما يطبقان على كافة طرق الطعن فى الأحكام ، ومنها الطعن بالاستئناف.

وتنص المادة ٢١٦ على أن : " يقف ميعاد الطعن بموت المحكوم عليه أو بفقد أهليته للتقاضى أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه، ولا يزول الوقف إلا بعد إعلام الحكم إلى من يقوم مقام الخصم الذى توفى أو فقد أهليته للتقاضى أو زالت صفته وانقضاء المواعيد التى يحددها قانون بلد المتوفى لاتخاذ صفة الوارث إن كان ".

كما تنص المادة ٢١٧ من ذات القانون على أنه : " إذا توفى المحكوم له أثناء ميعاد الطعن ، جاز لخصمه رفع الطعن وإعلانه إلى ورثته جملة دون ذكر أسمائهم وصفاتهم وذلك فى آخر موطن كان لمورثهم. ومتى تم رفع الطعن وإعلانه على الوجه المتقدم وجبت إعادة إعلانه لجميع الورثة بأسمائهم وصفاتهم لأشخاصهم أو فى موطن كل منهم قبل الجلسة المحددة لنظر الطعن أو فى الميعاد الذى تحدد المحكمة لذلك.

---

(١) استئناف مصر ١٩٢٩/٦/٢٩ المحاماة س ٧ ص ٢١٨.

(٢) نبيل عمر ، النظرية العامة للطعن بالنقض فى المواد المدنية والتجارية ط١ س ١٩٨٠ ص ٢٥٠.

وإذا فقد المحكوم له أهليته للتقاضى أثناء ميعـــاد الطعــن ، أو إذا توفى ــ وزالت صفة ــ من كان يباشر الخصومة عنه ، جاز رفع الطعن وإعلانه إلى من فقد أهليته أو توفى من كان يباشر الخصومة عنـــه ، أو إلى من زالت صفته ، على أن يعاد إعلان الطعن إلى مـــن يقـــوم مقـــام الخصم ، لشخصه أو فى موطنه ، قبل الجلسة المحددة لنظر الطعن أو فى الميعاد الذى تحدده المحكمة لذلك".

شرح هذه النصوص يقتضى منا معالجتها فـــى مراحـــل ثـــلاث ، الأولى تقتصر على إبراز فكرة وقف الميعاد ، والثانى نعالج وقف الميعاد بالنسبة للمحكوم عليه ، والثالثة نتولى تحليل المـــادة ٢١٧ مـــن قـــانون المرافعات والتساؤل عما إذا كنا حقيقة بصدد وقف للميعاد فى نطاق المادة ٢١٧ أم لا. نتولى شرح كل ذلك فيما يلى:

أولا : فكرة وقف ميعاد الطعن فى الحكم بالاستئناف.

من المقرر منذ زمن طويل أن الميعاد المحدد فى القـــانون لاتخـــاذ إجراء ما ، أو للقيام بعمل معين ، لا يسرى فى حق من لا يستطيع اتخـــاذ هذا الإجراء. ومن المقرر أيضا أن الميعاد يقف إذا تحققت أثنــــاؤه قـــوة قاهرة[1].

كذا يقف الميعاد إذا وقعت أثناءه حادثة مفاجئة ، ويرى الفقه أنه إذا حدث وتحقق أحد أسباب انقطاع الخصومة فى المحكوم عليه فى الفـــترة بين صدور الحكم والطعن فيه ، فإن هذا السبب يجب أخذه فى الاعتبـــار ، ذلك أنه مادام الحكم قابلا للطعن فيه فإن هناك احتمالا لبدء مرحلة جديـــدة فى الخصومة تكمل المرحلة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه[2].

وإذا تركنا جانبا نصـــوص المـــادتين ٢١٦ ، ٢١٧ مـــن قـــانون المرافعات ، فإننا نجد أن القضاء مستقر على أنه إذا تحققت قوة قاهرة أو

(١) نقض مدنى ١٩٦٨/٢/٢٠ مجموعة النقض س ١٩ ص ٣١٥.
(٢) فتحى والى . قانون القضاء المدنى ، ص ٥٧٩.

حادث مفاجئ ، أى إذا تحققت واقعة لا إرادة للخصم فيها منعته من القيام بإجراء الطعن فى الميعاد ، فليس من العدالة الحكم بسقوط الحق فى الطعن ، وبالتالى يكون للمحكوم عليه الحق فى الطعن خلال مدة أخرى يستكمل بها المدة التى انقضت من الميعاد قبل تحقيق المانع ، وهذه المدة الأخيرة تبدأ من تاريخ زوال هذا المانع(١). وقد حكم بأن تغيير موطن الخصم لا يعتبر قوة قاهرة توقف سريان الميعاد(٢) . ومع ذلك فقد اعتبر أن تغيير محل الاقامة بقصد التضليل يعتبر سببا قهريا يترتب عليه وقف الميعاد(٣). وقضى بأن اعتقال المدعى يمكن اعتباره قوة قاهرة توقف سريان الميعاد الذى يجوز فيه الطعن(٤).

وفيما يتعلق بالمرض فإن البعض يرى أنه لا يعد من قبيل القوة القاهرة ، وإنما هو يحول دون سريان الميعاد إذ أعجز الشخص عن تصريف شئونه ، سواء بالفعل أو بأمر الأطباء(٥). وبناء على ذلك فالشخص (محام مثلا) الذى يذهب إلى قلم كتاب المحكمة الاستئنافية فى آخر يوم لميعاد الطعن لكى يودع صحيفة الطعن قلم الكتاب ، فتفاجئه حالة صرع حادة تحول بينه وبين رفع الاستئناف فى هذا الميعاد ، فإن هذا الظرف يعتبر من قبيل القوة القاهرة التى توقف ميعاد الطعن.

القوة القاهرة إذا ، والحادث المفاجئ يؤثران فى ميعاد الطعن الذى بدء ، وبالتالى يؤديان إلى وقفه ، وتقديرهما يخضع لمطلق سلطة القاضى.

والقوة القاهرة والحادث المفاجئ يستجيبان إلى مبدأ أصيل فى

---

(١) نقض مدنى ١٩٥١/٤/٥ مجموعة النقض س ٢ ص ١٣١ .

(٢) الإسكندرية الابتدائية ١٩٢٥/١/٢٧ المحاماة س ٥ ص ٥٢٨.

(٣) نقض مدنى ١٩٦٨/٢/٢٠ مجموعة النقض س ١٩ ص ٣١٥.

(٤) عبد المنعم حسنى ، ص ١٧٥.

(٥) أبو الوفا ، المرافعات ، ص ٥٥٨.

– نقض مدنى ١٩٥٥/٢/١٧ مجموعة النقض س ٦ ص ٧٠٨.

قانون المرافعات وهو أن الميعاد لا يسرى فى حق من لا يستطيع اتخاذ الإجراء.

ثانيا : العوارض التى تصيب المحكوم عليه وأثرها فى ميعاد الطعن بالاستئناف : وقف حقيقى للميعاد.

تفترض المادة ٢١٦ من قانون المرافعات أن المحكوم عليه قد أصابه عارض من العوارض الواردة بها. كما تفترض أن هذا العارض قد حدث بعد صدور الحكم وبداية سريان الميعاد. والنص صالح للتطبيق أيا كانت نقطة بداية الميعاد ، سواء من تاريخ صدور الحكم أو من تاريخ إعلانه[1] ، أو من أى تاريخ آخر ، فإذا حدث عارض بالمحكوم عليه فإن الميعاد يقف لصالحه ، ولا يستأنف سيره إلا بعد إعلان الحكم إلى من قام مقام الخصم الذى ألم به العارض.

كما لا يلاحظ أن المشرع بإيراد نص المادة ٢١٦ من قانون الرافعات ، فإنه قد عمم الحكم الذى كان قائما فى المادة ٣٨٢ من القانون السابق والذى كان يقتصر الوقف على حالة وفاة المحكوم عليه فقط ، وقام المشرع ـ فى المادة ٢١٦ ـ بمد هذا الحكم على كل أسباب انقطاع الخصومة.

ويلاحظ هنا الفارق بين وقف يعاد الطعن بالاستئناف فى الحكم بحدوث عارض من العوارض التى عددتها المادة ٢١٦ ، وبين وقف المواعيد التى تحدث نتيجة لقيام عارض من العوارض التى تؤدى إلى انقطاع سير الإجراءات فى الخصومة (م ١٣٠ و ١٣٢ مرافعات).

فانقطاع الخصومة يحدث قبل صدور الحكم ، وإذا صدر الحكم أثناء فترة الوقف التالية لحدوث سبب من أسباب الانقطاع ، فإن مثل هذا الحكم يعتبر قائما على إجراءات باطلة ، ويصيبه أيضا البطلان.

---

(١) فتحى والى ، ص ٥٨٠.

- كمال عبد العزيز ، ص ٤٢٢.

والوضع مختلف بصدد المادة ٢١٦ من قانون المرافعات ، فرغم وحدة العوارض المنصوص عليها فى المادة ١٣٠ و ٢١٦ مرافعات ، إلا أن المادة الأولى تواجه حدوث هذه العوارض قبل صدور الحكم ، أما المادة ٢١٦ فإنها تواجه حدوث هذه العوارض بعد صدور الحكم وبعد انطلاق ميعاده.

وحكم المادة ٢١٦ من قانون المرافعات له أثرا نسبيا ، فهو لا يواجه إلا العوارض التى تحدث بالنسبة للمحكوم عليه الذى يقوم برفع الطعن ، وبناء على ذلك فإنه لا يجوز التمسك بحكم المادة ٢١٦ إلا من جانب من يقوم مقام المحكوم عليه الذى توفى أو فقد أهليته للتقاضى أو زالت صفته أما غير هؤلاء من المحكوم عليهم فليس لهم هذا الحق ولو قام سبب الانقطاع بالنسبة لمحكوم عليه آخر[1].

والعوارض التى تصيب المحكوم عليه بعد صدور الحكم وبداية جريان ميعاده والتى تؤدى بالتالى إلى وقف الميعاد بالنسبة له وحده هى:

١ - وفاة المحكوم عليه:

بوفاة المحكوم عليه يحل محله ورثته ، ويصيرون طرفا فى العلاقة الإجرائية السابقة ، ويصير لهم الحق فى الطعن بالاستئناف فى الحكم الصادر إن كان قابلا له. ولاحتمال جهل الورثة بوجود هذا الحكم ، لهذا أوجب المشرع وقف الميعاد ، حتى يقوم صاحب المصلحة باعلانهم بوجود هذا الحكم.

ويرى البعض أنه لا يعتبر فى حكم انقضاء الشخصية القانونية وبالتالى لا يرتب وقفا لمواعيد الطعن ، تأميم الشخص الاعتبارى وذلك فى الحالة التى يظل فيها هذا الشخص محتفظا بشخصيته المعنوية واستمر يباشر نشاطه كما كان الحال قبل التأميم[2].

---

(١) نقض مدنى ١٩٥٦/٥/٣١ مجموعة النقض س ٧ ص ٦٢٢.

(٢) نقض مدنى ١٩٦٥/١١/١٦ مجموعة النقض س ١٦ ص ١٠٦٦.

والشركة فى دور التصفية ، تظل محتفظة بشخصيتها القانونية بالقدر اللازم لأعمال التصفية ، وبالتالى لا يسرى الحكم الكامن فى المادة ٢١٦ على مثل هذه الشركات(١).

٢ – فقد المحكوم عليه أهليته للتقاضى.

والأسباب المؤدية لفقد الأهلية للتقاضى تتعدد. مثال ذلك الحجر على المحكوم عليه لجنون أو عته ، مثل هذا المحجور عليه لابد أن يعين له قيم ، ولهذا فإن ميعاد الاستئناف يقف حتى يتسنى على القيم بهذا الحكم. ويفترض لإعمال المادة ٢١٦ فى مثل هذه الحالة أن يصدر الحكم المراد الطعن فيه بالاستئناف قبل صدور قرار الحجر ، كما يشترط أن يكون الميعاد ، ميعاد الطعن ، قد انطلق بالفعل قبل صدور قرار الحجر . ويجب أن يتوافر الدليل القاطع على ثبوت فقد الأهلية للتقاضى(٢).

٣ – زوال صفة من كان يباشر الخصومة عن المحكوم عليه.

مثال ذلك زوال صفة الوصى فى تمثيل القاصر ببلوغ هذا الأخير سن الرشد. وأيضا إذا تم عزل الوصى على المحكوم عليه القاصر. أو عزل القيم على المحكوم عليه الذى صدر قرار الحجر عليه.

وبالنسبة للأشخاص الاعتبارية ذات الشخصية المستقلة عن شخصية مديريها ، وباعتبارها الأصلية فى الدعوى والمقصودة بذاتها فى الخصومة دون ممثليها ، فإنها لا تتأثر بما يطرأ على شخصية ممثليها من تغيير ،لذلك فإن زوال صفة هذا الممثل وحلول غيره محله لا يترتب عليه وقف مواعيد الطعن فى الأحكام الصادرة ضد الشخص الاعتبارى(٣).

وزوال صفة من كان يباشر الخصومة عن المحكوم عليه المقصود

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٥/٦/١٠ مجموعة النقض س ١٦ ص ٧٥٢ .

(٢) عبد المنعم حسنى ، ص ١٧٤.

(٣) عبد المنعم حسنى ، ص ١٧٤.

فى معنى المادة ٢١٦ من قانون المرافعات ، هو الزوال الذى يحدث بعد صدور الحكم المراد الطعن فيه بالاستئناف ، وبعد بداية ميعاد الطعن وأيا كانت النقطة التى يبدأ منها هذا الميعاد. ولهذا يقف الميعاد الذى كان قد بدأ، حتى يعلم المحكوم عليه ليتولى هو أو من يمثله رفع الطعن . وبما أن وفاة وكيل الدعوى أو انقضاء وكالته بالتنحى أو بالعزل لا يترتب عليه انقطاع ، فإن تحقق ذلك لا يستتبع وقف مواعيد الطعن.

وإذا كان وقف ميعاد الطعن طبقا للمادة ٢١٦ من قانون المرافعات، ولم يقم المحكوم له بإعلان من يقوم مقام المحكوم عليه فإن حق الطعن لا يسقط إلا بمضى خمسة عشر عاما ، عملا بالقواعد العامة. كما أن الحق الثابت فى الحكم لا يسقط إلا بمضى مدة التقادم الطويلة ، ولو كان من الحقوق التى تسقط بمدة التقادم القصيرة(١).

وإذا وقف ميعاد الطعن فى حكم المادة ٢١٦ من قانون المرافعات ، فإن هذا الوقف لا يزول إلا بعد إعلان الحكم إلى من يقوم مقام الخصم الذى توفى أو فقد أهليته للتقاضى أو زالت صفة من يمثله.

ومتى تم إعلان الحكم ، فإن الأثر الذى يترتب على ذلك هو أن المدة التى وقف سريان ميعاد الطعن فى خلالها لا تدخل فى حساب هذا الميعاد ، وتحتسب المدة السابقة ، أى من تاريخ سريان ميعاد الطعن حتى حدوث سبب الوقف ، وتضاف إليها المدة التالية ، التى تبدأ من تاريخ زوال سبب الوقف ويتكون من مجموع المدتين ميعاد الطعن ، ويترتب على ذلك أن يكون الطعن مقبولا أو غير مقبول.

وإذ يتكون من مجموع المدتين مدة واحدة ، فإن ميعاد المسافة يضاف إلى هذه المدة ، ويمتد الميعاد إلى أول يوم عمل إذا صادف آخره عطلة رسمية.

---

(١) أبو الوفا ، الأحكام ، ص ٩١٠.

- نقض مدنى ١٩٥١/١١/١٥ مجموعة النقض س ٣ ص ٤٨.

ويلاحظ أخيرا أن وقف ميعاد الطعن المنصوص عليه في المادة ٢١٦ من قانون المرافعات هو وقف يحدث بقوة القانون ، فعبارة المادة تسير على النحو التالي : " يقف ميعاد الطعن ... ".

ثالثا : العوارض التي تصيب المحكوم له وأثرها على ميعاد الطعن في الحكم بالاستئناف . ولا يوجد أي موقف للميعاد.

مناط البحث في هذا المجال ينحصر في مواجهة المادة ٢١٧ من قانون المرافعات.

هذه المادة تعالج العوارض التي تطرأ على شخص المحكوم له فقط دون المحكوم عليه. هذه المادة تفترض صدور الحكم المراد الطعن فيه. وتفترض أيضا انطلاق ميعاد الطعن في هذا الحكم أيا كانت نقطة بدايته سواء من تاريخ صدور الحكم ، أو من تاريخ إعلانه ، أو من أي تاريخ آخر (م ٢٢٨ مرافعات).

ونص المادة ٢١٧ الحالي قام بتعميم الحكم الذي كان واردا بالمادة ٣٨٣ من قانون المرافعات السابق والذي كان قاصرا على وفاة المحكوم له فقط.

والواجب ملاحظته على نص المادة ٢١٧ من قانون الرافعات أن الأمر هنا ، وعلى خلاف المادة ٢١٦ السابق تحليلها ، لا يتعلق إطلاقا بوقف الميعاد المحدد للطعن في الحكم. فنحن لسنا إزاء وقف لأي ميعاد وإنما نحن إزاء تعديل لطريقة السير في إجراءات رفع الاستئناف.

فالمشرع بصدد هذه المادة يميز بين رفع الطعن وبين ضرورة إعلان من يقوم مقام المحكوم له.

والحكمة الكامنة في نص المادة ٢١٧ من قانون المرافعات ترجع إلى أن المشرع قد لاحظ أن المحكوم له قد يتوفى أثناء ميعاد الطعن ، وبالتالي فاحتمال فوات ميعاد الطعن على المحكوم عليه بسبب اضطواره

إلى التحرى عن ورثة المتوفى والبحث عن محالهم لاختصامهم فى الطعن ثم إعلانهم به قائم. لذلك أورد الحكم المنصوص عليه فى المادة السابقة.

ونص المادة ٢١٧ لا يسرى إلا إذا توفى المحكوم له أثناء ميعاد الطعن وقبل رفع هذا الطعن . لأن الطعن إذا كان قد رفع صحيحا على ذات المحكوم له بإيداع صحيفته قلم الكتاب ، ثم حدث عارض من العوارض المنصوص عليه فى المادة ١٣٠ من قانون المرافعات ، فغن الخصومة فى الاستئناف تخضع لقواعد انقطاع الخصومة المقررة فى المادة ١٣٠ وما بعدها.

أما إذا رفع الطعن ضد المحكوم له الذى توفى قبل رفع هذا الطعن، فإن مثل هذا الطعن يقع معدوما[1].

وقد سبق لنا معالجة وفاة الخصم ، وفقده لأهليته للتقاضى ، وزوال صفة من يمثله وذلك حين عالجنا المادة ٢١٦ من قانون المرافعات ، وبالتالى فلا مجال للعودة إلى هذه المسائل بالنسبة للمحكوم له.

ونص المادة ٢١٧ لا يعتبر فى رأينا ـــ بحق عارض يعترض سير ميعاد الطعن ، فالطعن لابد أن يرفع حسب هذا النص فى خلال الميعاد ، وإنما رفع هذا الطعن يشكل شيئا غريبا فى فقه القانون. فالفقرة الثانية من هذه المادة تجيز رفع الطعن فى الميعاد وإعلانه إلى من فقد أهليته ، أو إلى من كان يمثل الخصم وتوفى أو زالت صفته ، وهذا ما لايجوز حسب القواعد العامة.

وأيا ما كان الأمر فإن المادة ٢١٧ من قانون المرافعات تنص على أن وفاة المحكوم له أثناء ميعاد الطعن تجيز للمحكوم عليه الذى يرغب فى رفع الطعن أن يرفع هذا الطعن ويعلنه إلى الورثة جملة ومتى تم رفع هذا الطعن فمن الواجب إعادة إعلانه لجميع الورثة بأسمائهم وصفاتهم

---

(١) نقض مدنى ١٩٥٣/٤/٣٠ مجموعة النقض س ٤ ص ٩٥١ .

لأشخاصهم أو في موطنهم ، وذلك قبل الجلسة المحددة لنظر الطعن أو في الميعاد الذي تحدده المحكمة.

ونفس الحل يسري إذا فقد المحكوم له أهليته أو توفي وزالت صفة من كان يباشر الخصومة عنه ، فالطعن يرفع هنا في الميعاد ويعلن إلى من فقد أهليته أو إلى المتوفي أو الذي زالت صفته من الأشخاص الذين كانوا يباشرون الخصومة نيابة عن المحكوم له ، على أن يعاد إعلان الطعن إلى من يقوم مقام الخصم لشخصه أو في موطنه ، وذلك قبل الجلسة المحددة لنظر الطعن أو في الميعاد الذي تحدده المحكمة.

والسؤال الآن هو على وجه التحديد : متى يعتبر الطعن مرفوعا؟

المادة ٢١٧ تشترط في فقرتيها أن يرفع الطعن خلال الميعاد ثم بعد ذلك يعاد إعلان من يقوم قام المحكوم له الذي ألم به العارض. هل رفع الطعن وحده كاف لاعتبار الاستئناف مرفوع ، أم أن هذا الاستئناف لا يعتبر مرفوعا إلا بعد الإعلان إلى الأشخاص الذين عددتهم المادة ٢١٧ من قانون المرافعات. وما هو الحكم إذا كان الطعن قد رفع في الميعاد ، ولكن لم يعاد إعلان الأشخاص الذين حددتهم المادة ٢١٧ والذين يقومون مقام الخصم الذي ألم به العارض؟

نص المادة ٢١٧ " يجيز " رفع الطعن في الميعاد . " ويوجب " إعادة إعلانه إلى الأشخاص المذكورين في المادة ١/٢١٧ . "ويجيز" رفعه في الميعاد ، " على أن " يعاد إعلانه إلى الأشخاص المذكورين في المادة ٢/٢١٧ من قانون المرافعات.

وإعادة الإعلان المنصوص عليه في فقرتي المادة ٢١٧ من قانون المرافعات محددة بميعاد معين هو : أن يكون قبل الجلسة المحددة لنظر الطعن ، أو في الميعاد الذي تحدده المحكمة لذلك.

وعلى ذلك فإننا نرى أن الطعن بالاستئناف إذا كان قد رفع خلال الميعاد ، ولكن لم يعاد إعلانه إلى الأشخاص المحددين في المادة ٢١٧

فإن مثل هذا الطعن يكون غير مقبول لأنه باطل ، والبطلان مستمد من عدم تحقق الغاية من الإجراء المنصوص عليه فى المادة ٢١٧، وهذه الغاية هى إعلام من لا يعلم من هؤلاء الأشخاص بوجود هذا الحكم والطعن فيه.

ونفس الحل يسرى إذا لم تحترم المواعيد المنصوص عليها فى المادة ٢١٧.

وسبق لنا القول أن إعادة إعلان الطعن إلى الأشخاص المنصوص عليهم فى المادة ٢١٧ من قانون المرافعات هو إجراء منفصل عن رفع الطعن ، وفى هذا المعنى تقول محكمة النقض المصرية.

لما أجازت المادة ٣٨٣ (المقابلة للمادة ٢١٧ الجديدة) فى فقرتها الأولى إعلان الطعن عند موت المحكوم له أثناء ميعاد الطعن أو رثته جملة ، وأوجبت فى فقرتها الثانية إعادة الإعلان الذى تم على الوجه المتقدم لجميع الورثة بأسمائهم وصفاتهم قبل الجلسة المحددة لنظر الطعن أو فى الميعاد الذى تحدده المحكمة لذلك، فإنها تكون بذلك قد جعلت إعادة الطعن إلى الورثة إجراء منفصلا عن رفع الطعن لا يتقيد بميعاد إعلانه حتى لا يفوت هذا الميعاد ، بسبب التحرى عن ورثة خصمه وموطن كل منهم[1].

كما أنه من المقرر أن إعمال المادة ٢١٧ واجب بالشروط الواردة بها حتى ولو كان الطاعن يعلم بوفاة المحكوم له ولم يستعلم عن الورثة[2].

ومع كل ذلك يرى بعض الفقه القوى فى مصر[3]. أنه متى رفع الطعن صحيحا على ذات المحكوم له حسب نص المادة ٢١٧ بإيداع

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٧/٥/٢٣ مجموعة النقض س ١٨ ص ١٠٧٣ .

(٢) نقض مدنى ١٩٦٨/١٠/١٥ مجموعة النقض س ١٩ ص ١٢٥٨ .

(٣) أحمد أبو الوفا ، التعليق ج ١ ، ص ٦٧٠.

- أبو الوفا ، الأحكام ص ٩١٢.

صحيفة قلم الكتاب فإن الخصومة فى الطعن تخضـــع لقواعــد انقطـــاع الخصومة المقررة فى المادة ١٣٠ من قانون المرافعات والمـــواد التـــى تليها، وذلك إذا قام أحد أسباب الانقطاع سواء أثناء سريان ميعاد الطعـــن قبل إجراء الطعن أو بعده أم بعد فوات ميعاد الطعن.

والواقع أننا لا نتفق مع هذا الرأى فى أى جزء من جزئياته . فقـــد سبق لنا التمييز بين انقطاع الخصومة ، وبين العوارض التى تطرأ علـــى شخص أو صفة المحكوم له أثناء سريان ميعاد الطعن. وقلنـــا أن المـــادة ١٣٠ مرافعات تواجه عوارض تلم بأحد الخصوم أثناء سريان خصومـــة موجودة ، هذه العوارض تولد وقف للمواعيد وبطلان للإجراءات التى قـد تتخذ أثناء فترة الوقف.

والرأى الذى ننتقده يعتقد أن رفع الطعن فى الميعاد يولد خصومـــة يرد عليها الانقطاع بسبب ما طرأ على شخص أو صفة المحكوم له ، وأيا كانت اللحظة التى حدث فيها هذا العارض ، سواء قبل رفع الطعن أم بعده أم بعد فوات ميعاد الطعن.

وحقيقة الأمر ، وكما سبق القول فإن الطعن لا يعتـــبر قـــد رفـــع صحيحا إلا بإتباع ما نصت عليه المادة ٢١٧. أى يجب أن يرفع الطعـــن خلال الميعاد ، ويعلن إلى جملة ورثة المتوفى على أن يعاد إعلانه فـــى ميعاد سبق بيانه إلى هؤلاء الورثة لأشخاصهم فى مواطنهم (م ١/٢١٧). أما إذا كان المحكوم له قد فقد أهليته أو زالت صفة مـــن كـــان يباشـــر الإجراءات نيابة عنه ، فقد سبق لنا القول أن الطعن يرفع فى الميعاد فـــى مواجهة من فقد أهليته ذاته ، أو من توفى وزالت صفته ممن كان يباشـــر الإجراءات نيابة عنه ، ثم يعاد الإعلان إلى من يقوم مقام المحكـــوم لـــه (م٢/٢١٧).

فكأن الطعن إذا قد رفع ابتداء فى مواجهة صاحب الصفة فى رفعـه عليه ، وكان العارض الذى ألم بالمحكوم له لم يكن له أى تأثير من ناحية

رفع الطعن. فالطعن قد رفع فى الميعاد ثم أعيد إعلانه إلى أصحاب الصفة. وبالتالى فخصومة الطعن نشأت بين أصحاب صفة فيها ، وبالتالى فلا يوجد عارض يرتب انقطاعها ولا مجال لإعمال المادة ١٣٠ وما بعدها كما يرى الفقه السابق لنا انتقاده[1]. وفى هذا المعنى يرى البعض أن الطعن إذا وجه أو أعلن إلى الشخص الذى توفى دون ورثته وقع الإعلان باطلا وإن كان بطلانا نسبيا مقررا لصالح الورثة[2]. وفيما يلى استعراض للتطبيقات القضائية لفكرة ميعاد الطعن بالاستئناف.

ميعاده :

يتعلق ميعاد الاستئناف بالنظام العام من حيث مدته وكيفية احتسابها وامتدادها وإضافة ميعاد مسافة إليها. ويجب على المحكمة إعمال ذلك من تلقاء نفسها.

وإذا رفع الاستئناف إلى محكمة غير مختصة فقضت بعدم اختصاصها وبإحالة الاستئناف إلى المحكمة المختصة فإن ذلك يحفظ ميعاد الاستئناف[3].

ويقف ميعاد الاستئناف بالقوة القاهرة أو الحادث الفجائى ويقصد بذلك كل ما من شأنه أن يجعل المستأنف فى حالة استحالة مطلقة تمنعه من أن يقوم فى الميعاد بإتخاذ الإجراء أو إستكمال عناصره أو شروط صحته فإذا تحقق سبب الوقف قبل بدء سريان الميعاد لم يبدأ إلا من تاريخ زوال سبب الوقف. وإن تحقق سبب الوقف أثناء مدة الاستئناف أحتسب

---

(١) أبو الوفا ، الأحكام ، ص ٩١٢.

(٢) محمد كمال عبد العزيز ، ص ٤٢٤.

نقض مدنى ١٩٦٦/٦/٩ مجموعة النقض س ١٧ ص ١٣٥.

نقض مدنى ١٩٧١/٣/١١ مجموعة النقض س ٢٢ ص ٢٨٢.

(٣) نقض ١٩٨٥/١٢/٤ ط ١٤٨٣ س ٥٢ ق .

نقض ١٩٨٥/٥/٢٨ ط ١٤٨٥ س ٥٢ ق .

ميعاد الاستئناف فى المدة من تاريخ بدءه إلى يوم تحقيق سبب الوقف ثـم المدة التالية لزواله[1].

وحساب ميعاد الطعن بالأخذ فى الاعتبار للمدة السابقة قبل حـدوث سبب الوقف والمدة التالية لزوال هذا السبب من مجموعها يتكون الميعـاد الجديد وهو مطابق للمدة المحددة للميعاد فى القانون دون زيادة ثم يضاف إليها ميعاد المسافة وتمتد هذه المواعيد إذا صادف أخرها ــ محسوبة بهذه الكيفية ــ مع أيام أو يوم عطلة رسمية متوقعة أو غير متوقعة ، ويكـون الامتداد لأول يوم عمل يقع بعد العطلة. فى جميع هذه الحالات لا توجـد أية زيادة فى قدر الميعاد. وكل ما يوجد هو تأخير فى اتخاذ الإجراء يقدر بقدر القوة القاهرة والمدة التى استغرقتها ، أو بقدر الإجازة أو العطلة التى تعاصرت مع اليوم الأخير من الميعاد.

أما الميعاد فهو بطريقة حسابية لم يحصل له أى تعديل أو إضافـة ووفقا للمادة ٢١٧ مرافعات فإن الطعن الذى يرفع خلال الميعـاد علـى محكوم له مات أثناء سريان الميعاد ، أو فقد أهليته أو زالت صفة من كان يمثله ، يجب أن يرفع على ورثة المستأنف عليه جملة فى أخـر موطـن لمورثهم ، كما يرفع على من فقد أهليته أو زالت صفة ممثله كـل ذلـك لاحترام ميعاد الطعن ، حيث أن هذا الميعاد يفترض فيه أنه لم يقف بوفـاة الخصم ، لأن المستأنف لا يضار بهذا العارض وكل ما هناك أنه بعد رفع الطعن وإنعقاد خصومة بهذا الشكل ، يجب وفقا للمادة ٢١٧ مرافعات فـى باب الأحكام العامة أن يعاد والإعلان إلى من يحل محل مـن قـام بـه العارض قبل الجلسة المحددة لنظر الطعن أو فى الميعـاد الـذى تحـدده المحكمة. وبناء على ذلك لا يترتب على العارض الذى يحدث للمحكوم له أى أثر موقف للميعاد بالنسبة للطاعن أى المحكوم عليه ، لأنه لن يحـدث أى إخلال بحقوق الدفاع الخاصة به ، فهو الذى يملك زمام المبادرة فـى

---

(١) نقض ١٩٨٤/٤/٤ ط ١٤٧١ س ٥٠ ق .

رفع الطعن أو عدم رفعه ، وبالنسبة لمن يحل محل الخصم الذى قام به العارض ، فقد كفل لهم المشرع الحماية واحترام حقوق الدفاع هم أيضا ، فبعد رفع الاستئناف عليهم باعتبارهم ورثة من قام به العارض ، نص المشرع ـ بعد أن تمت المحافظة على الميعاد ـ على وجوب إعادة إعلانهم كل على حدة بإسمه وبصفته وفى موطنه وذلك قبل الجلسة أو فى الميعاد والذى تحدده المحكمة . فإن لم يفعل الطاعن ذلك كان طعنه باطلا.

أما فى الأحوال التى يحدث عارض الانقطاع فى جانب المحكوم عليه وذلك بعد صدور الحكم ، فإن الميعاد يقف ، ويقصد بذلك عدم استمرار الميعاد فى السريان حتى يقوم الخصم بإعلان من قام به العارض بالحكم.

هنا يوجد وقف حقيقى للميعاد رعاية لحقوق الدفاع بالنسبة للخصم الذى قام به العارض. وبزوال سبب الوقف يجب إعلان الحكم إلى الخصم الآخر ويقصد بذلك من يمثله أو يحل محله أيا كانت نقطة بداية إنطلاق ميعاد الطعن ، سواء كان يبدأ من تاريخ صدور الحكم أو من تاريخ إعلانه ومن هذا الإعلان الصحيح يبدأ الميعاد فى السيران ويتم بجمع المدة السابقة على قيام سبب الوقف إلى المدة التالية لزوال سبب وقف الميعاد ، ويتكون من المدتين مدة مساوية لمدة الطعن تضاف إليها مواعيد المسافة وهى التى تمتد إذا صادف اليوم الأخير فيها عطلة رسمية أو إجازة غير متوقعة. وكل ذلك يفترض أن سبب الانقطاع قد حدث بعد جريان الميعاد. أما إذا كان قد حدث قبل جريان الميعاد أى قبل صدور الحكم أو قبل حدوث الإعلان فى الحالات التى لا يبدأ فيها الطعن إلا من تاريخ الإعلان. فإن الميعاد حيث لم يوجد اصلا ، فلا تثار مسألة الانقطاع للميعاد حتى لو قامت الأسباب الموجبة له. لأنه فى هذه الحالات تحدث عموما إنقطاع للخصومة ذاتها ،وليس للميعاد.

ومن جهة أخرى لا يعتبر تغيير المستأنف عليه لموطنه سببا لوقف

الميعاد ، لأن هذا التغيير أثرا متوقعا ولا يعتبر في ذاته قوة قاهرة يترتب عليها مد الميعاد(١).

ويرى البعض الآخر من الفقه أنه إذا انطوى تغيير الموطن على قصد التضليل فإنه يعتبر قوة قاهرة تقف الميعاد(٢).

ويعتبر اعتقال المستأنف أو سجنه قوة قاهرة تقف سريان الميعاد متى كان من شأنها حرمان المستأنف من الاتصال بذويه.

يراجع الأمر العسكرى رقم ٤ لسنة ١٩٥٦ مواد ن ، ٢ ، ١٦ من هذا الأمر.

ومرض المستأنف لا يعتبر قوة قاهرة تقف الميعاد مالم يفقده أهليته ويعجزه بالفعل أو يأمر الأطباء عن مباشرة شئونه أو التعبير عن إرادته إلى أن يندب عنه من يملك إتخاذ الإجراءات القانونية ، وقد ذهب البعض إلى أن الفقر الذى يؤدى إلى تعجيز المستأنف عن دفع رسوم الاستئناف يؤدى إلى إذا استمر إلى وقف قبول الطلب الاستئناف ، إلى اعتباره بمثابة قوة قاهرة تؤدى إلى وقف الميعاد(٣).

كذلك لا تعتبر غيبة المستأنف أو إقامته فى الخارج سببا لوقف الميعاد باعتبار ذلك قوة قاهرة إلا إذا كان فى حالة استحالة اتصاله بالبلاد استحالة مطلقة أو فعلية بسبب الحرب أو ما شابهها.

وفى الحالة التى يبدأ فيها ميعاد الاستئناف من الإعلان بالحكم المستأنف تكون العبرة فى إثبات التاريخ بحسب الأصل بالبيان الوارد بورقة الإعلان دون نظر لما ورد بصحيفة الاستئناف ، ويتعين أن يتم

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٨/٢/١٠ ط ٤٠٢ س ٣٣ ق .
نقض مدنى ١٩٥٥/٢/١٧ ص ١٠٠ س ٢٢ ق.
(٢) محمد إبراهيم مليجى ، الاستئناف ، ج١ ص ٢٣٢.
(٣) أبو الوفا ، الدفوع ، ط ٥ ص ٣٥ .

الإعلان بشكل صحيح[1].

ويلاحظ أن الإعلان الذى يوجه إلى وكيل المحكوم ضده بصفته ينتج أثره بحق الأصيل.

وإذا كان ميعاد الطعن يبدأ من تاريخ الإعلان ، فإن إعلان الحكم كما يصبح لشخص الأصيل ، يصبح أيضا فى شخص الوكيل بصفته متى تم فى حدود الوكالة وأعلن إليه بهذه الصفة التى صدر الحكم على أساسها، وتجرى مواعيد الطعن عندئذ فى حق الأصيل وقت تمام هذا الإعلان[2].

وإذا طعن على إعلان الحكم بالتزوير وجب عدم الحكم فى الإدعاء بالتزوير وبسقوط الحق فى الاستئناف بحكم واحد. إذ قد يكون لدى مدعى التزوير أوجه بطلان أخرى يستطيع تقديمها فى مواجهة الإعلان[3].

ويبطل إعلان الحكم الذى يتم بتسليم الصورة لجهة الإدارة إذا ثبت أن الخطاب المسجل الذى أثبت المحضر إرساله إلى المعلن إليه وفقا للمادة ١١ مرافعات أعيد إلى الراسل[4].

ولا يعتد بإعلان الحكم فى بدء سريان الميعاد الخاص بالاستئناف إذ وجه إلى الموطن المختار للمحكوم عليه[5].

وإذا كان الحكم صادر فى موضوع غير قابل للتجزئة أو فى التزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص متعددين ، وكان ميعاد الاستئناف يبدأ من تاريخ إعلانه ، فإن ميعاد الاستئناف يبدأ

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٢/١/١١ ط ٣٨٢ س ٢٦ ق .
(٢) نقض مدنى ١٩٨٨/١١/٢٩ ج ١ ، ٣٢٢ س ٥٥ ق .
(٣) نقض مدنى ١٩٨٢/١٢/١٦ طعن ٧٩٠ س ٤٨ق .
(٤) نقض ١٩٩٣/٣/٧ ط ٥٩٢ س ٥٨ .
(٥) نقض مدنى ١٩٥٦/٥/٣ ط. ٣٩٨ س ٢٢ ق.

لصالح جميع المحكوم لهم من أول إعلان وجهه أحدهم إلى المحكوم عليه[١].

ويلاحظ أن الحكم بقبول الاستئناف شكلا تستنفذ به المحكمة ولايتها فى النظر فى رفعه فى الميعاد ممن يملكه عن حكم جائز الطعن فيه. وبالتالى لا تملك محكمة الاستئناف العودة لبحث مسألة الميعاد. لأن استئناف ولايتها بصدد هذه المسألة تم من قبل بصدور الحكم القطعى بقبول الاستئناف الذى أدى إلى سقوط المراكز الإجرائية الخاصة ببحث مسألة الميعاد من جهة ، وتصاعد هذه المراكز إلى مواجهتها ببحث الموضوع من جهة أخرى[٢].

وإذا قضت المحكمة بسقوط المستأنف فى الاستئناف لرفعه بعد الميعاد فلا يكون لها أن تعرض لصحة هذا الحكم المستأنف ، وإن فعلت لم يكن لحكمها فى هذا الصدد أية حجية ، لأن سقوط الحق فى الاستئناف يؤدى إلى بطلان الاستئناف المرفوع وعدم وجوده[٣].

وسقوط الحق فى الاستئناف لا يؤثر على ما ترتب على صحيفة الدعوى الأصلية من آثار فى شأن الحق المتنازع عليه وبالتالى يظل الحكم الصادر فى هذه الدعوى قائما حتى ولو كان مشوبا بالبطلان ، وبفوات ميعاد الاستئناف يحوز هذا الحكم قوة الأمر المقضى ، ولا يجوز الطعن عليه بالنقض حيث أن ورقة الاستئناف لم يتم استنفاذها بشكل صحيح.

وجزاء سقوط الحق فى الاستئناف قاصر على عدم إيداع صحيفة

---

(١) طعن نقض مدنى ١٩٤٥/١٢/٢٧ ط ١٣١ س ١٤ ق.
نقض ١٩٥٠/٦/١٥ ط ١١٩ س ١٨ ق.
(٢) نقض ١٩٩٤/٣/٢٠ ط ١٣٣٤ س ٥٥ق .
نقض ١٩٧٤/٤/١٦ ط ٣٤ س ٣٩ .
(٣) نقض مدنى ١٩٦٦/٣/١٠ ط ٧٨ س ٣٢ق.

الاستئناف قلم الكتاب فى ميعاد الطعن وتقضى المحكمة من تلقاء نفسها دون نظر لعدم إعلان الصحيفة فى الميعاد ـ خمسة عشر سنة ـ غذ تحكم ذلك قواعد أخرى.

والأجل الذى يجوز فيه الاستئناف هو بمجرد صدور الحكم دون أن يلتزم الخصم بالتريث ولوز كان ميعاد الطعن يبدأ من تاريخ الإعلان ولكن المشرع استثناء من هذا الأصل منع الاستئناف فى بعض الأحكام فى آجال معينة ، وذلك بالنسبة للأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع ولا تنتهى بها الخصومة كلها فلا يجوز استئنافها عملا بالمادة ٢٦٢ مرافعات ألا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة كلها[1].

مادة ٢٢٨ صدور الحكم بناء على :

١ – غش .

٢ – ورقة مزورة.

٣ – شهادة زور

٤ – عدم إظهار ورقة قاطعة فى الدعوى احتجزها الخصم.

لا يبدأ ميعاد استئنافه فى كل هذه الحالات إلا من اليوم الذى ظهر فيه الغش أو الذى أمر فيه بالتزوير فاعله أو حكم بثبوته ، أو الذى حكم فيه على شاهد الزور ، أو اليوم الذى ظهرت فيه الورقة التى احتجزت.

هى حالات تشابه تلك التى يؤسس عليها الالتماس ويفترق الأمر أن هذه الحالات الواردة فى المادة ٢٢٨ ترد على حكم ابتدائى ، أى صادرا بصفة ابتدائية أما فى الالتماس مادة ١/٢٤١ فهى نصب حكم

---

(١) وتعتبر المواعيد الواردة فى النص ٢٢٧ مرافعات هى القاعدة العامة فلا يستثنى منها سوى ما يرد فى شأن نص خاص. والأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف تعتبر محكومة بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة سنة ١٩٣١.

وميعاد استئناف الأحكام الصادرة بشهر الإفلاس أو أى دعوى ناشئة عن التفليسة هو خمسة عشر يوما من تاريخ الإعلان.

صادر بصفة نهائية سواء كانت صادرة فى حدود النصاب النهائى لأول درجة ، أو لأن القانون منع الطعن فيه بالاستئناف. فالأحكام الواردة فى المادة ٢٢٨ يبدأ ميعاد الطعن فيها بالاستئناف من تاريخ كشف العيب الذى أصاب الحكم . ولايجوز الطعن فيها بالالتماس حتى ولو كانت مصابة بالعيوب التى تسمح بالطعن عليها بالالتماس.

ويراجع فى هذه العيوب وأثرها على الحكم وشروط الطعن بناء عليها(١).

وبهذا نكون قد انتهينا من دراسة ميعاد الطعن بالاستئناف ، بدايته ونهايته والعوارض التى تلم به فتؤثر فيه ، وننتقل الآن إلى دراسة صحيفة الطعن بالاستئناف ذاتها فندرس عناصرها المختلفة والجزاءات المتعلقة بها.

المطلب الثانى

فى صحيفة الطعن بالاستئناف

٢٠٤ – تنص المادة ٢٣٠ من قانون المرافعات على أن : " يرفع الاستئناف بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة المرفوع إليها الاستئناف وفقا للأوضاع المقررة لرفع الدعوى ويجب أن تشتمل الصحيفة على بيان الحكم المستأنف وتاريخه وأسباب الاستئناف والطلبات وإلا كانت باطلة ".

---

(١) نقض مدنى ١٩٨٤/١١/١١ ط ١٣٧٩ س٥١ ق .
نقض مدنى ١٩٩٣/٢/٢٨ ط ٣٠٥٢ س ٥٧ ق .
نقض مدنى ١٩٨٩/٧/١٨ ط ٢٧٠١ س ٥٦ ق .
نقض مدنى ١٩٩٢/١/٢٦ ط ٢٢٥٩ س ٥١ ق.
نقض مدنى ١٩٩٢/٦/٢٢ ط ١١٩ س ٢٢٥٩ س ٥٥ ق.

وتنص المادة ٢٣١ من قانون المرافعات على أن : " على قلم كتاب المحكمة المرفوع إليها الاستئناف أن يطلب ضم ملف الدعوى الابتدائية فى اليوم التالى لليوم الذى يرفع فيه الاستئناف.

وعلى قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم أن يرسل ملف الدعوى خلال عشرة ايام على الأكثر من تاريخ طلبه وينقص هذا الميعاد إلى ثلاثة أيام فى الدعاوى المستعجلة. وتحكم المحكمة الاستئنافية على من يهمل فى طلب ضم الملف أو فى إرساله فى الميعاد بغرامة لا تقل عن جنيه ولا تجاوز عشرة جنيهات بحكم غير قابل للطعن" .

وتنص المادة ٢٤٠ من قانون الرافعات على أن : " تسرى على الاستئناف القواعد المقررة أما محكمة الدرجة الأولى سواء فيما يتعلق بالإجراءات أو بالأحكام ما لم يقض القانون بغير ذلك ".

وكانت المادة ٤٠٥ من قانون المرافعات السابق تنص على أن : " يرفع الاستئناف بتكليف بالحضور يراعى فيه الأوضاع المقررة لصحيفة افتتاح الدعوى ويجب أن يشتمل صحيفته على بيان الحكم المستأنف وأسباب الاستئناف وألا كانت باطلة. ويعتبر الاستئناف كأن لم يكن إذا لم يتم تكليف المستأنف عليه بالحضور خلال ثلاثين يوما من تقديم صحيفته إلى قلم المحضرين. ويطبق فى هذه الحالة حكم الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة ٧٧ ".

وبالمقارنة بين المادة ٢٣٠ من القانون الحالى والمادة ٤٠٥ من القانون السابق نلاحظ أن المشرع قد أخذ فى رفع الاستئناف بطريق إيداع صحيفته قلم الكتاب فوحد بذلك بين طريقة رفع الدعوى ، وطريقة رفع الطعن[١].

---

(١) حتى سنة ١٩٥٣ كان الاستئناف يرفع بصحيفة تتضمن تكليفا بالحضور ، وبالقانون ٢٦٤ سنة ١٩٥٣ أصبح الاستئناف يرفع بعريضة تقدم لطلب الكتاب ، كما كان يجوز رفعه استثناء بورقة تكليف بالحضور فى الحالات المنصوص=

ونعالج فيما يلى بالتفصيل صحيفة الاستئناف ، ونركز على بياناتها، وإجراءات رفعها ، وقيدها ، والجزاء المترتب على مخالفة كل ذلك.

وبيانات صحيفة الطعن بالاستئناف منها ما يمكن اعتباره بيانات عامة تنص عليها القواعد العامة فى قانون المرافعات ، ومنها بيانات خاصة بصحيفة الطعن بالاستئناف ذاتها ، نعالج كل ذلك فيما يلى.

٢٠٥ – أولا : البيانات العامة لصحيفة الطعن بالاستئناف.

١ – أن صحيفة الطعن بالاستئناف تعلن بواسطة المحضر ، فلا بد من توافر جميع بيانات أوراق المحضرين فيها والتى أشارت إليها المادة التاسعة من قانون المرافعات . ويراعى أن النقص أو الخطأ أو التجهيل الوارد فى هذه البيانات يرتب أو لا يرتب البطلان إعمالا للمواد ٢٠ وما بعدها من قانون المرافعات.

٢ – وبما أن الاستئناف يرفع بصحيفة تودع قلم كتاب محكمة الاستئناف ، فيجب أن تتوافر فى صحيفة الطعن جميع البيانات الواجب توافرها فى صحيفة افتتاح الدعوى المنصوص عليها فى المادة ٦٣ ومن بين هذه البيانات الموطن المختار للمستأنف فى ذات البلدة التى بها مقر المحكمة الاستئنافية. وتخلف أو تعيب أحد هذه البيانات يرتب أولا يرتب البطلان إعمالا للقواعد العامة المنصوص عليها فى المواد ٢٠ وما بعدها من قانون المرافعات.

٣ – وفى داخل هذه البيانات العامة ، يهمنا أن نفصل بعض المسائل المتعلقة ببعض هذه البيانات لأهميتها العملية.

=عليها فى المادة ١١٨ من القانون السابق والمتعلقة بالدعاوى المستعجلة ، ودعاوى شهر الإفلاس والدعاوى البحرية ودعاوى السندات الأذنية والكمبيالات وهذه المادة ألغاها القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٢.

(أ) البيانات المتعلقة بالخصوم وأسمائهم.

وهذه البيانات تتعلق بأسماء وألقاب ومهنة أو وظيفة الخصوم ومواطنهم وأسماء ممثليهم وألقابهم أو وظائفهم ومواطنهم.

والمتفق عليه هو عدم التشدد فى مراعاة بيانات صحيفة الاستئناف فكل ما يقصده المشرع من إيرادها هو بيان موضوعها بيانا لا يوقع من أعلنت إليه فى حيرة جدية. وتقدير كفاية تلك البيانات بحيث تنتفى بها الجهالة فى الطعن أمر تقدره محكمة الموضوع.

وفى هذا الصدد تقول محكمة النقض المصرية : " وكل بيان من شأنه أن يعنى بذلك يتحقق له هذا الغرض متى كانت عبارة الطعن تنم عن صفة المختصم بها أو كان مشارا فى أسباب الطعن إلى موضوع النزاع أو صرح الطاعن بهذه الصفة فى مذكرته الشارحة " [(١)].

وحكم بناء على ذلك بصحة صحيفة الاستئناف ولو ل تشتمل على اسم وكيل المستأنف ما دام اسمه قد ورد فى صحيفة افتتاح الدعوى ولا يتصور إطلاقا أن يكون المستأنف عليه على جهل به[(٢)]. وحكم أيضا بصحة صحيفة الاستئناف ولو ذكر فيها اسم المعلن إليه خطأ طالما أن الإجراءات كانت توجه إليه بهذا الاسم أمام محكمة الدرجة الأولى[(٣)].

ومع ذلك فقد حكم بأنه إذا أعلن المستأنف خصمه بصحيفة الاستئناف باسم خطأ غير اسمه الحقيقى ثم صححه فيما بعد بإعلان آخر بعد أن ضمت مواعيد الاستئناف وجب الحكم ببطلان الصحيفة الأولى وبعدم قبول الاستئناف الأخير لرفعه بعد الميعاد[(٤)].

ومع ذلك فإننا نجد المحكمة الإدارية العليا تذهب إلى أنه :

---

(١) نقض مدنى ١٩٥٨/٦/١٩ مجموعة النقض س ٩ ص ٥٧٩ .

(٢) استئناف مختلف ١٩٣٣/١/١٨ مجلة التشريع والقضاء س ٤٥ ص ٢٣٦.

(٣) استئناف مختلط ١٩٠٢/٢/١٢ مجلة التشريع والقضاء س ١٤ ص ١٢٥ .

(٤) استئناف مصر ١٩٣٣/٣/٥ المحاماة س ١٤ ص ٣٤٣ .

إذا كان الثابت من الأوراق أن جامعة عين شمس هى التى طلبت من إدارة قضايا الحكومة استئناف الحكم ، ولكن لابد ن أن تقوم هذه الإدارة برفع هذا الاستئناف باسم مدير الجامعة ، رفعته باسم وزير التربية والتعليم ، فإن الأمر والحالة هذه لا يعدو أن يكون خطأ ماديا وقعت فيه إدارة قضايا الحكومة ولا يترتب عليه بطلان صحيفة الاستئناف[١].

(ب) البيانات المتعلقة بمهنة الخصوم أو وظائفهم.

مهنة الخصم ، أو وظيفته لا تعتبر فى جميع الحالات مؤدية للبطلان إذا أغفلت أو كانت معيبة ، فالعبرة فى هذا الصدد هى بما إذا كان ذكر المهنة أو الوظيفة فى خصوص الحالة المطروحة لازما لتحديد الشخص أم غير لازم[٢].

وحكم بناء على ذلك بأن الخطأ الواقع فى تحديد المهنة أو الوظيفة، أو عدم ذكر أيهما ، لا يجوز الاحتجاج به للقول ببطلان الصحيفة مادم المستأنف ضده يعرف المستأنف تماما ، ولو من بيان اسمه بالكامل فى صحيفة الاستئناف[٣].

والثابت فى القضاء أن الخطأ فى اسم الممثل القانونى للشخص الاعتبارى لا يترتب عليه أى بطلان[٤].

ويلاحظ أن البطلان الناشئ عن تخلف أو تعيب هذه المسائل هو بطلان نسبى ، لا يتمسك به إلا من شرع هذا البطلان لصالحه ، ولا تملك المحكمة إثارته من تلقاء نفسها ، كما أنه يزول عملا بنص المادة ٢٢ من قانون المرافعات إذا نزل عنه من شرع لصالحه.

---

(١) المحكمة الإدارية العليا ١٩٦٠/١/١٦ ص رقم ١٤٥ س ٤ ق مشار إليه فى عبد المنعم حسنى ، ص ٣٦٧.

(٢) أبو الوفا ، المدونة ج ١ ص ٣٧٥ .

(٣) الإسكندرية الابتدائية ١٩٥٠/١٠/٩ التشريع والقضاء س ٣ ص ١٠٦ .

(٤) نقض مدنى ١٩٦٦/١٢/٨ مجموعة النقض س ١٧ ص ١٨٣٠.

٢٠٦ – ثانيا : البيانات الخاصة بصحيفة الطعن بالاستئناف.

نستعرض فيما يلى البيانات الخاصة بذات صحيفة الطعن بالاستئناف ، مع بيان الجزاء المترتب على تعيب أو إغفال هذه البيانات.

١ – الحكم المستأنف وتاريخه.

ويقصد بذلك بيان موضوع الحكم المستأنف أو منطوقه وتاريخ هذا الحكم بدقة واسم المحكمة التى أصدرته ، والمقصود بذلك ألا يحصل لبس عند المستأنف عليه فى معرفة حقيقة الحكم المطعون فيه. ولا يوجد فى القانون عبارات خاصة لإيراد هذا البيان.

وغرض المشرع يتحقق بذكر هذه البيانات بطريقة لا تجعل هناك مجالا للشك فى تعريف الحكم الوارد عليه الاستئناف(١). كما يجب ذكر رقم القضية التى صدر فيها الحكم . ومع ذلك فالخطأ المادى فى رقم الدعوى الابتدائية لا يبطل صحيفة الاستئناف(٢).

وإذا كانت قد صدرت أحكام متعددة بين طرفى الخصوم فى تواريخ مختلفة فيكفى ذكر تاريخ الحكم المطعون فيه. وإذا صدرت كل هذه الأحكام فى تاريخ واحد فيجب إيراد بيانات أخرى غير التاريخ لتحديد الحكم المطعون فيه(٣).

ومع ذلك فقد حكم بأن الخطأ فى ذكر التاريخ لا يؤدى إلى البطلان إذا كان لا يترتب عليه لبس فى معرفة الحكم محل الطعن بالاستئناف(٤).وفى هذا الصدد يرى البعض أنه لا يوجد أى بطلان متى رفع الاستئناف فى ميعاده عن حكم لا تجهل به صحيفة الاستئناف، فهناك

---

(١) شبين الكوم الابتدائية ١٩٥١/٢/٢٧ المحاماة س ٣٢ ص ٢٧٠.
(٢) كمال عبد العزيز، ص ٤٥٨،نقض مدنى ١٩٧٥/٢/٢٦ طعن رقم ٧٢٥ س ٤٠.
(٣) العشماوى ج ٢ ص ٨٨١.
(٤) العشماوى ، المرجع السابق ، ص ٨٨١.

يكون الغرض من البيان قد تحقق،ويكون الحكم بالبطلان من قبيل المغالاة في التمسك بالشكليات(١).

وقد حكم قديما بأنه لا يلزم ذكر تاريخ الحكم المطعون فيه طالما أنه لا يوجد شك بصدد حقيقته(٢). وحكم أيضا بأن الغرض من ذكر تـــاريخ الحكم فى صحيفة الاستئناف هو التعريف بالحكم للمعلـــن إليـــه ، فـــإذا اشتملت صحيفة الاستئناف على سرد وقائع الدعوى وبيان موضوعـــها ، واشتملت على تحديد التاريخ الذى أعلن فيه الحكم المستأنف ، كان فـــى الصحيفة ما يكفى لتعيين الحكم المستأنف ، لأن الغرض من ذكر التـــاريخ هو تحديد الحكم وقد تحدد(٣). والبطلان الذى يشـــوب صـــورة صحيفـــة الاستئناف التى تعلن إلى المستأنف عليه يترتب عليـــه بطـــلان صحيفـــة الطعن ذاتها.

٢ – الأسباب التى يبنى عليها الطعن بالاستئناف.

الاستئناف طريق عادى من طرق الطعن فى الأحكام الابتدائيـــة ، ويجوز تأسيس الطعن بالاستئناف على أى سبب ، سواء تعلق بـــالواقع أم بالقانون. وطرق الطعن العادية لا يحدد لها المشرع أسبابا معينة يشـــترط ضرورة بناء الطعن عليها. فإن اشترط مثل هذه الأسباب صـــار الطعـــن غير عادى ، وتقيدت سلطات الخصوم وسلطات المحكمـــة التـــى تنظـــر الطعن بهذه الأسباب ، وحدثت تغيرات أساسية فى فكرة الطعن ذاتها(٤).

---

(١) أبو الوفا ، التعليق ، ج ١ ص ٦٩٥.

(٢) استئناف مختلط ١٨٩٥/١١/٢٤ مجلة التشريع والقضاء س ٨ ص ٥.

– أبو الوفا ، الدفوع ، ص ٣٨٢.

(٣) استئناف أسيوط ١٩٣١/٤/٢٢ المجموعة الرسمية س ٣٣ ص ١٧٨.

(٤) نبيل عمر ، النظرية العامة للطعن بالنقض فى المواد المدنية والتجارية. منشـــأة المعارف ١٩٨٠ ص ٣٠٠.

نبيل عمر، دراسات فى فلسفة قانون المرافعات،المرجع السابق ، ص ١٠٨.

نبيل عمر ، التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية ، ط أولى ١٩٧٩ ص ١٨٠ ومابعدها.

ويقصد ببيان أسباب الطعن ، أى أسباب الاستئناف ، بيان الأسباب الواقعية أو القانونية التى يرى المستأنف أنها تؤدى إلى عدم عدالة الحكم أو عدم صحته(١).

وبيان أسباب الطعن بالاستئناف يهدف إلى ضمان جدية الطعن ، ولهذا فمن المقرر أن الأسباب تعتبر مبنية ولو وردت بصيغة عامة ، بشرط ألا تؤدى هذه العمومية إلى الشك فى جدية الطعن. والمستأنف غير ملزم بذكر جميع الأسباب وذلك حتى يستطيع أن يضيف إليها من الأسباب أثناء المرافعة أو يكون له أن يعدل فيها(٢).

وإذا خلت صحيفة الاستئناف من بيان الأسباب التى تقوم عليها فإنها تعتبر باطلة(٣). وحكم فى هذا المعنى ببطلان صحيفة الاستئناف إذا لم تذكر أسبابه ، وبأنه لا تجدى الإحالة فى هذا الصدد إلى المذكرات وأوجه الدفاع التى أدلى بها المستأنف أمام محكمة الدرجة الأولى(٤). وحكم بأنه تعتبر خالية من الأسباب الصحيفة التى تقتصر على تفويض الرأى للمحكمة دون الإشارة إلى أى سبب للاستئناف . والمستأنف فى تحديده لأسباب الاستئناف يستطيع أن يسندها إلى الخطأ فى القانون بالمعنى الواسع ، كأن يستند إلى أن النص المطبق ليس هو الواجب التطبيق ، أو أن القاضى ولد نتائج لا يولدها النص المطبق ، أو أن هناك خطأ فى التكييف القانونى للوقائع. ويمكن إسناد الطعن إلى خطأ فى فهم الواقع ، أو مخالفة الإجراءات ، وسواء كان الخطأ فى الشكل أو فى الموضوع(٥).
وإذا كان الطاعن غير ملزم بذكر جميع الأسباب التى يبنى عليها الطعن بالاستئناف فى صحيفة الطعن ، فمن ثم يكون له التمسك بهذه الأسباب

---

(١) فتحى والى ، ص ٢٩٦.
(٢) نقض مدنى ١٩٦٨/١/٢٣ مجموعة النقض س ١٩ ص ٩٩ .
(٣) الإسكندرية الكلية ١٩٣٧/٥/٣١ المحاماة س ١٨ ص ٧٥٠.
(٤) استئناف مصر ١٩٠٩/١٠/٢٧ المجموعة الرسمية س ١١ ص ٥٧.
(٥) عبد الباسط جميعى ، نظام الطعن فى الأحكام ، ص ٣١.

الجديدة فى المراحل التالية لرفع الاستئناف واثناء نظره ، ويكون له ذلك حتى ولو لم تكن هذه الأسباب متعلقة بالنظام العام. ومع ذلك فإذا كانت هذه الوجوه التى يرغب المستأنف فى التمسك بها بعد رفع الاستئناف ، تعتبر مجرد دفعا من الدفوع التى يوجب المشرع التمسك بها فى صحيفة الطعن ، فيجب مراعاة ذلك وإلا سقط الحق فى التمسك بها . مثال ذلك الدفع بعدم الاختصاص المحلى ، والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها ، أو للارتباط[١].

وإذا تناول الطعن بالاستئناف عدة أحكام ، فإنه يجب تسبيب الاستئناف بالنسبة إلى كل منها ما لم تعتبر أسباب الاستئناف فى حكم واحدة بالنسبة لكافة الأحكام.

وكانت بعض الأحكام قد صدرت باعتبار صحيفة الاستئناف صحيحة ولو صيغت أسبابها بغاية الإيجاز ، كقول المستأنف أن محكمة أول درجة أخطأت فى الحكم برفض دعوى الشفعة دون بيان وجه هذا الخطأ[٢]. ومع ذلك يرى البعض أن صحيفة الاستئناف فى هذه الحالة تعتبر خالية من الأسباب[٣].

وبما أن القاضى يعلم القانون وعليه التزام بتطبيقه بغض النظر عن طلب الخصوم ، فإن المحكمة لا تتقيد بأسباب الاستئناف القانونية ، فهى تملك تعديل الحكم المطعون فيه أو إلغاءه بناء على أسباب أخرى ، سواء تعلقت هذه السباب بالنظام العام أو لم تتعلق[٤]. وفيما يتعلق بالأسباب الواقعية ، فإن محكمة الاستئناف تستطيع الاستناد عليها حتى ولو لم

---

(١) القاهرة الابتدائية ١٩٥٢/١/١٦ المحاماة س ٢٤ ص ٤٨.
(٢) استئناف مختلط ١٩٢٦/٣/١٦ المحاماة س ٧ ص ٢٧٠.
(٣) العشماوى ، المرجع السابق ، ص ٨٨٢ ، هامش ١ .
(٤) نبيل عمر ، سبب الطلب القضائى أمام محكمة الاستئناف ، منشأة المعارف ١٩٧٨ ص ١٥٠.

يتمسك بها الخصوم طالما أن هذه الأسباب الواقعية طرحت أمام أول درجة ، وصدر بناء عليها الحكم المطعون فيه ، ولم يثبت تنازل الخصوم عن التمسك بها[١].

ويؤيد البعض هذا النظر ويرى أن المشرع لم يوجب ذكر أسباب الطعن بالاستئناف ليضمن جدية الطعن كما يتصور البعض ، وإنما المشرع صرح وأجاز الطعن بالاستئناف لأعمال قاعدة التقاضي على درجتين المعتبرة من النظام العام في مصر ، واعتبار هذه القاعدة متعلقة بالنظام العام يهدف إلى تمكين المحكوم عليه من طرح الخصومة من جديد أمام محكمة أخرى ، وذلك في جميع الأحوال[٢].

وبناء على ذلك فرفع الاستئناف يفصح في ذاته عن أسبابه ، ويفصح عن رغبة المحكوم عليه في طرح الخصومة من جديد أمام المحكمة الاستئنافية لتقدير الدعوى تقديرا مخالفا لما قدرته محكمة أول درجة . وينتهي هذا الرأى إلى أنه لا يتصور أن يكون المشرع قد أوجب ذكر أسباب الاستئناف ليضمن جدية الطعن. طالما أنه يجيز ولوجه في جميع الأحوال ويبطل أى اتفاق يحرم الخصم من ولوجه[٣].

والواقع أننا نستطيع ملاحظة صدى هذا الرأى لدى بعض الفقه ، فيرى البعض أنه بما أن نظام الاستئناف هو طريق طعن عادى يرمى إلى إعادة فحص النزاع ، فإنه لا يلزم في صحيفته بيان أسباب ما[٤]. ويستند هذا الرأى إلى أن السلطة التقديرية التي يخولها المشرع لمحكمة الموضوع في كثير من الأمور لا يمكن أن ينسب للمحكمة في استعمالها مخالفة للقانون طالما كانت في تقديرها قد استندت إلى أسباب سائغة. وإذا

---

(١) عبد الباسط جميعى ، نظام الطعن ، ص ٣٣.
(٢) أبو الوفا ، الدفوع ، ص ٤٩٢ .
- نقض ١٩٥٢/١٠/٢٢ المحاماة س ٣٥ ص ٨٩٠.
(٣) أبو الوفا ، الدفوع ، ص ٤٩٢.
(٤) عبد المنعم حسنى ، ص ٢١٩ و ٣٧١ .

كان للمحكوم عليه الحق فى استئناف الحكم الصادر عليه استنادا إلى أعمال هذه السلطة التقديرية ،حتى تتاح الفرصة لأعمال تقدير آخر جديد، فإنه يكون من الطبيعى ألا يطلب من المستأنف توضيح سبب استئنافه فى صورة تجريح لحكم محكمة أول درجة[١].

خلاصة هذا الرأى هى أنه بما أن محكمة أول درجة عند إصدارها حكمها تستخدم سلطتها التقديرية ، وإذا التزمت هذه المحكمة الإطار الذى رسمه المشرع فى استخدام هذه السلطة ، وأراد المحكوم عليه التشكى من حكمها ، فلن يجد أسبابا ، إذا ألزمناه بذلك ، لبناء الطعن عليها. وبالتالى فليس لازما ذكر أسباب للطعن.

والواقع أن الطاعن لابد أن يذكر أسبابا لطعنه ، وإلا غم الرأى على المحكمة ، فمحكمة الاستئناف ، حين تنظر الطعن المرفوع إليها ، تلتزم بمجموعة قيود ، هذه القيود تتولد من مصادر عدة ، أهم هذه المصادر هى الأثر الناقل للاستئناف.

ومعنى ذلك أن الاستئناف لا ينقل إلى محكمة الدرجة الثانية إلا ما طرح على أول درجة ، وفصل فيه ، ورفع عنه الطعن ، وحصل التظلم منه ، وبيان ما يتظلم منه الطاعن لا يمكن أن يتضح إلا ببيانه بيانا محددا عن طريق ذكر أسباب الطعن. فلا بد من ذكر أسبابا للطعن وإلا كان الطعن باطلا ، ولا يتشدد الفقه والقضاء فى بيان هذه الأسباب فيجوز بيانها باختصار أو إجمالا أو بإيجاز[٢].

والبطلان المترتب على خلو الصحيفة من السباب هو بطلان نسبى يسقط الحق فى التمسك به بالتعرض للموضوع أو بإبداء دفع بعدم

(١) نقض مدنى ١٩٦٥/١١/١١ مجموعة النقض س ١٦ ص ١٠٠٩ .
- استئناف الإسكندرية ١٩٦٢/٣/٣١ المجموعة الرسمية س ٦٠ ص ٦٩٢.

(٢) قارن الوضع أمام محكمة النقض ، مؤلفنا فى النظرية العامة للطعن بالنقض فى المواد المدنية والتجارية ط. أولى . منشأة المعارف. ص ١٩٨٠ ص ٣٥٠ ومابعدها.

القبول[1].

وبالانتهاء من بيان أسباب الطعن ، ننتقل الآن لدراسات طلبات المستأنف كبيان جوهرى من بيانات صحيفة الطعن بالاستئناف.

٣ – طلبات المستأنف:

للاستئناف كما سوف نرى بطريقة متعمقة فى الباب الثالث من هذا المؤلف مجموعة آثار منها الأثر الناقل للاستئناف الذى سوف يرد دراسته بالتفصيل من بعد. هذا الأثر الناقل يحدد نطاق ما يطرح أمام محكمة ثانى درجة ، مما فصل فيه قاضى أول درجة ، ومما رفع عنه الطعن ، بالإضافة إلى تحديد نطاق الخصومة فى الاستئناف فإن الأثر الناقل للاستئناف يشع مجموعة أثار أخرى تولد أثراً مقيداً لسلطات الخصوم والمحكمة بصدد الطعن المرفوع أمام محكمة الاستئناف.

هذه القيود ،وهذا الأثر الناقل يرتبطان أوثق رباط بطلبات المستأنف التى يطرحها فى طيات صحيفة الطعن بالاستئناف. هذه الطلبات إذا تلعب دور حيوى فى تشكيل خصومة ثانى درجة . ومن جهة أخرى ، وفى رأينا الخاص ، فإن الصلة شديدة الوضوح والارتباط بين أمور ثلاث ، لم يستطع الفقه أن يلاحظها حتى الآن ــ هذه الأمور هى أسباب الطعن بالاستئناف ، طلبات المستأنف ، والأثر الناقل للاستئناف.

وهنا يتجلى بصورة مذهلة دور إرادة الأطراف فى تشكيل خصومة الاستئناف ، وفى تحديد النطاق الذى يتحرك فيه القاضى ، بل أكثر من هذا فقد أثبتنا فى دراسات أخرى أن الخصوم يستطيعون توجيه القاضى للحكم لهم بما يريدون[2]. وذلك إذا ما قدموا له مجموعة وقائع تستدعى أعمال نص معين ، فلا يكون أمام القاضى إلا إعمال هذا النص ، وكما

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٦/٦/٢٨ طعن رقم ١٠٢ س ٤٠.
– كمال عبد العزيز . ص ٤٥٨.
(٢) نبيل عمر ، سبب الطلب القضائى ، رسالة للدكتوراه بالفرنسية ص ٢٠٠.

هو معروف بصدد ما يسمى بالأحكام الاتفاقية[١]. وطلبات المستأنف هي موضوع صحيفة الطعن بالاستئناف وشرط جوهرى لوجودها ، وذلك حتى يتمكن المستأنف عليه عند إعلانها إليه من الوقوف على ما يطلبه خصمه ، وعلى المستأنف بيان ما يطلبه ، سواء كان يطلب تعديل الحكم أو إلغاؤه أو بطلانه أو إلغاء الجزء الخاص بالنفاذ ، فعليه إذا أن يبين ذلك بعبارات واضحة فى صحيفة الطعن بالاستئناف[٢]. وإذا طلب المستأنف إلغاء الحكم المطعون فيه فإن هذا الطلب يعنى انقضاء بما رفضه الحكم من طلبات المستأنف[٣].

والواقع ، كما يرى البعض ، إن مجرد تقديم صحيفة الاستئناف يعنى ضمنا طلب إلغاء الحكم المطعون فيه. ولهذا فإن قيمة هذا البيان تنحصر فى تحديد الجزء من الحكم الذى يستأنفه الطاعن. وعلى ذلك فإذا اشتمل الحكم المطعون فيه على أكثر من جزء لغير صالح المستأنف ، وأشار المستأنف إلى بعضها فقط ، فإنه يكون قابلا للأجزاء الأخرى ، وعلى العكس من ذلك فإذا لم يشر إلى الجزء الذى يستأنفه فإنه يعتبر طاعنا بالاستئناف فى الحكم بجميع أجزائه[٤].

وهذا الحل الأخير تمليه القواعد العامة فى الأثر الناقل للاستئناف ، ونص عليه قانون المرافعات الفرنسى الجديد ، ففى فرنسا يكون للاستئناف أثرا ناقلا عاما بالنسبة لكل ما طرح على محكمة أول درجة وصدر فيه حكم إذا ورد الاستئناف عاما غير مقيدا ، أو كان موضوع النزاع غير قابل للتجزئة ، أو كان الاستئناف يرمى إلى إبطال الحكم

---

(١) نبيل عمر ، سبب الطلب القضائى أمام محكمة الاستئناف ، منشأة المعارف ١٩٧٨ ص ١٥٠.

(٢) العشماوى ، ج ٢ ص ٨٨٢.

(٣) نقض مدنى ١٩٦٥/١٢/٣٠ مجموعة النقض س ١٦ ص ١٢٧٣.

(٤) فتحى والى ، قانون القضاء المدنى ، ص ٥٩٧ .

المطعون فيه[1].

وعلى ذلك فصمت المستأنف مدعيا أو مدعى عليه يعتبر دليلا على تمسكه بذات طلباته أمام محكمة أول درجة ، ما لم يعدل هذه الطلبات في الاستئناف في الحدود المقررة قانونا[2].

والعبرة هنا بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني ، فإذا اتضح مثلا من عبارة صحيفة الاستئناف أن نية المستأنف كانت تتجه إلى طلب تعديل الحكم المستأنف ولم يقم أدنى شك لدى الخصوم ولدى القضاء في معنى وفحوى طلبات المستأنف ، فلا يمكن القضاء ببطلان الاستئناف ارتكانا على أن المستأنف طلب في صحيفة الاستئناف إبطال الحكم المستأنف[3].

وتنص المادة ٢٣٠ من قانون المرافعات على أن تخلف هذا البيان يرتب البطلان ، وهو بطلان نسبي لا يتمسك به إلا صاحب المصلحة.

٤ – توقيع محام مقبول أمام المحكمة الاستئنافية على صحيفة الاستئناف.

تنص المادة ٧٨ من قانون المحاماة على وجوب توقيع محام مقبول للمرافعة أمام المحاكم الاستئنافية على صحيفة الطعن بالاستئناف وإلا كانت الصحيفة باطلة مطلقا ، وهذا البطلان يتعلق بالنظام العام بكل ما يرتبه ذلك من آثار[4]. وتعلق هذا البطلان بالنظام العام مرده أن المقصود بإيجاب توقيع محام على عريضة الاستئناف هو مصلحة عامة لضمان حسن سير العدالة والعمل أمام القضاء حتى لا تضيع مصلحة العدالة

---

(١) نبيل عمر ، دراسات في فلسفة قانون المرافعات ، دروس على الآلة الكاتبة لطلبة الدكتوراه ١٩٧٩ / ١٩٨٠ ص ٢٠ وما بعدها.

(٢) أبو الوفا ، التعليق ج ١ ص ٦٩٥ .

(٣) استئناف مختلط ١٩٢٣/٦/٢٧ المحاماة س ٤ ص ٢٩٠.

(٤) نقض مدني ١٩٧٣/٢/٢٠ مجموعة النقض س ٢٤ ص ٢٨٢.

بترك الأفراد ــ مع عدم خبرتهم ــ يحررون صحف الاستئناف مــع مــا يستلزمه هذا التحرير من دقة ودراية(١). ويجــب أن يتـم التوقيــع مــن المحامى شخصياً لا بطريق النيابة(٢).

ولا يؤثر فى هذا المقتضى أن يكون المحامى الذى وقــع صحيفــة الطعن قد استبعد أسمه من الجدول لعدم سداده الاشتراك السنوى(٣). كذا لا يؤثر فى ذلك ألا يكون المحامى قد حصل على توكيل عن المســتأنف(٤). كما لا يغنى عن التوقيع أن يكون المستأنف قد اتخذ فى صحيفة الاستئناف محلاً مختاراً هو مكتب محام مقرر أمام محكمة الاستئناف(٥).ولا يصحــح هذا البطلان حضور المحامى أو المستأنف عليه فى الجلسة المحددة لنظــر الطعن. غير أن هذا البطلان رغم تعلقه بالنظام العـــام يصحــح بتوقيــع المحامى على الصحيفة فى الجلسة على أن يتــم فــى الميعــاد المحــدد للاستئناف(٦). ولا يلزم أن يباشر المحام الذى وقع على صحيفة الاســتئناف هذا الطعن فقد يباشره غيره طالما أن الصحيفة قد ســبق ووقعــها محــام مقبول للمرافعة أمام محكمة الاستئناف(٧).

وقضت محكمة النقض بأن توقيع المحام على أصــل الصحيفــة أو على صورتها المودعة قلم الكتاب يحقق غرض المشرع(٨).

ولا تتقيد ما تباشره إدارة قضايا الحكومة من طعون بمـــا تفرضـــه المادة ٨٧ من قانون المحاماة(١). وعلى العكس من ذلك يطبق نص هـــذه

---

(١) العشماوى ، المرجع السابق ، ص ٨٨٣ .
(٢) كمال عبد العزيز ، ص ٤٥٩.
(٣) استئناف مصر ١٩٤٨/٥/٥ المحاماة س ٣٠ ص ١٠٢٠.
(٤) نقض مدنى ١٩٧٢/٥/٤ مجموعة النقض س ٢٣ ص ٨١٥ .
(٥) استئناف مصر ١٩٤٨/٥/١٦ المحاماة س ٣٠ ص ١٢٣٥ .
(٦) نقض مدنى ١٩٧٠/٤/١٦ مجموعة النقض س ٢٣ ص ٦٤٦ .
(٧) نقض مدنى ١٩٧٦/٢/١٠ طعن رقم ٢١٨ س ٤٠ ق.
(٨) نقض مدنى ١٩٧٣/٥/٢ مجموعة النقض س ٢٤ ص ٧٠٣.

المادة ويشترط توقيع محام على صحف الاستئناف التى ترفعها الإدارات القانونية بالشركات التابعة للمؤسسات العامة[1].

هذه هى البيانات الخاصة التى يجب أن تشتمل عليها صحيفة الطعن بالاستئناف وإلا كانت باطلة. ونعالج فيما يلى طريقة رفع الاستئناف[2].

وكل هذا يتعلق بالاستئناف الأصلى ، أما ما يتميز به الاستئناف التابع للاستئناف الأصلى سواء كنا إزاء استئناف فرعى أو استئناف مثار فسوف نشير إليه فيما بعد[3].

٢٠٧- ثالثا: إجراءات رفع الطعن بالاستئناف :

تنص المادة ٢٣٠ من قانون المرافعات والسابق الإشارة إليها على أن : " يرفع الاستئناف بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة المرفوع إليها الاستئناف وفقاً للأوضاع المقررة لرفع الدعوى.... " .

بمقتضى القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ تم تعديل المادة ٦٥ من قانون المرافعات فيما يتعلق بسلطة قلم الكتاب فى قبول أوراق الدعاوى والطعون المقدمة إليه. وهذا التعديل يأخذ مظهراً خطيراً عند التأمل فيه ، لأنه يعطى لقلم الكتاب وهو مكون من إداريين سلطات تقترب من سلطة القضاة ، كما يترتب على ذلك نتائج خطيرة من ناحية تحديد اللحظة التى تعتبر فيها الدعوى أو الطعن مرفوعاً ز فوفقاً لصدور هذه المادة يعد التعديل يجب على قلم الكتاب أن يعتمد صحيفة الدعوى وكذلك الطعن إذا كانت مصحوبة بما يلى:

١ – ما يدل على سداد الرسوم المقررة قانوناً أو الإعفاء منها.

٢ – صور من الصحيفة بقدر عدد المدعى عليهم فضلاً عن صورتين لقلم الكتاب.

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٣/٢/٢٠ طعن رقم ٤٢٧ س ٣٧ ق .

(٢) نبيل عمر ، الهدر الإجرائى وإقتصاديات الإجراء ١٩٩٩.

(٣) نبيل عمر ، سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية ١٩٩٩، دار الجامعة الجديدة ، إسكندرية

٣ – أصول المستندات المؤيدة للدعوى أو صور منها تحت مسئولية المدعى ، وما يركن إليه من أدلة الإثبات لدعواه.
٤ – مذكرة شارحة للدعوى أو إقرار باشتمال صحيفة الدعوى على شرح كامل لها ، وصور من المذكرة أو الإقرار بقدر عدد المدعى عليهم.

وعلى قلم الكتاب إثبات تاريخ طلب القيد فى جميع الأحوال – سواء تم القيد أو لم يتم – وإذا رأى قلم الكتاب عدم قيد الصحيفة لعدم استيفاء المستندات والأوراق المبينة بالفقرة الأولى ، قام بعرض الأمر على قاضى الأمور الوقتية ليفصل فيه فوراً ، إما بتكليف قلم الكتاب بقيد الدعوى ، أو بتكليف الطالب قيدها باستيفاء ما نقص ، وذلك بعد سماع أقواله ورأى قلم الكتاب ، فإذا قيدت صحيفة الدعوى ، تنفيذاً لأمر القاضى اعتبرت مقيدة من تاريخ تقديم طلب القيد.

ويرسل قلم الكتاب إلى المدعى عليه – وكذلك المطعون ضده ، خلال ثلاثة أيام كتاباً موصى عليه بعلم الوصول ، مرفقاً به صورة من صحيفة الدعوى ومن المذكرة الشارحة أو الإقرار ، يخطره فيه بقيد الدعوى وإسم المدعى وطلباته والجلسة المحددة لنظرها ، ويدعوه للإطلاع على ملف الدعوى وتقديم مستنداته ومذكرة بدفاعه.

نحن نعلم أن الدعوى وكذلك الطعن بالاستئناف تسرى عليهما قواعد موحذة فى خصوص إجراءات كل منهما سواء عند رفع الصحيفة أو إعلانها أو سير الخصومة أو صدور الحكم وإعلانه.

وبالتالى فما يقال عن المادة ٦٥ بصدد صحيفة الدعوى يقال عنه أيضاً بصدد صحيفة الطعن بالاستئناف.

ومن المعروف أن الدعوى وكذلك الطعن بالاستئناف تعتبر مرفوعة من تاريخ إيداع صحيفتها قلم الكتاب بعد أداء الرسم أو تقديم ما يثبت الإعفاء منه.

ويقصد بذلك قيام الطالب بدفع الرسوم المقررة بعد تقديرها ويرفق إيصال السداد بأوراقه ثم يتقدم إلى قلم الكتاب المختص ويودع فيه هذه

الأوراق ، ويقوم هذا القلم بقيد الصحيفة فى دفاتره ويعطيها رقم القيد. ويتفق الفقه على أن الدعوى والطعن ترفع من لحظة مركبة من عنصرين: الأول هو نشاط صادر من الطالب ، والثانى هو نشاط صادر من الكاتب. الأول هو تحديد الرسوم ودفعها وتحديد تاريخ الجلسة ورقم الدائرة والثانى هو قبول هذه الأوراق وقيدها فلا يكفى مجرد دفع الرسوم، أو مجرد تحديد الجلسة فقط ، ولا يكفى القيد فقط دون أن يسبقه تقديم الصحيفة . وكانت الأمور تسير هكذا ولم يكن قلم الكتاب لـه أى سلطة تقديرية فى فحص أوراق الطالب أو التأكد من أى شئ ، اللهم إلا ما كانت تفرضه عليه التعليمات الإدارية من ضرورة عدم قبول صور للأوراق واشتراط الأصول ، أو عدم قبول أى دعوى أو طعن عارية من أى أوراق تعتبر كدليل فيها. وكان يكفى وجود أى أوراق والإدعاء بأنهما دليل لكى تسير الأمور أمام قلم الكتاب ويتم قيد الدعوى وتعتبر مرفوعة من هذه اللحظة وما ترتبه من آثار إجرائية وموضوعية هامة[1] إلى أن أتى التعديل الجديد ومنح قلم الكتاب المكون من موظفين إداريين السلطات التالية:

١ - التأكد من أن الأوراق المقدمة تشتمل على أصول المستندات وليس على صورها ، والتأكد من أن هذه المستندات تؤيد الدعوى. ولن يصل الكاتب إلى ذلك إلا بعد الإطلاع على موضوع الدعوى أو الطعن بعناية وفهم ثم يقارن المستندات ثم يصل إلى نتيجة مؤداها أنها تؤدي الدعوى ، وإلا فإنه يمتنع عن قبول الأوراق ويذهب مع الطالب إلى قاضى الأمور الوقتية كما سنرى من بعد.

كما أنه فى حالة قبول صور المستندات يجب أن يأخذ تعهد من المدعى على أن يقبل هذه الأوراق على مسئوليته. وهذا يحتاج إلى فحص وبحث دقيق فنأتى للوصول إلى نتيجة مؤداها ما ورد فى النص.فى حين أن نظام العمل فى قلم الكتاب لا يسمح بذلك حيث أن تكدس المحامين

---

(١) نبيل عمر،الوسيط فى قانون المرافعات ،١٩٩٩ دار الجامعة الجديدة ، إسكندرية.

والمتقاضيين أمامه لا يسمح له بلحظة ليقوم بفعل ذلك.

٢ – كما أن على قلم الكتاب أن يتأكد من وجود مذكرة شارحة للدعوى ، فإذا لم توجد فلا بد أن يستحصل من المدعى على إقرار بإشتمال صحيفة الدعوى أو الطعن على شرح كامل لها ، ويستحصل منه أيضاً على صور من المذكرة أو الإقرار بقدر عدد المدعى عليهم.

وفى جميع الأحوال سواء قبل القلم القيام بقيد الصحيفة أو لم يقبل عليه أن يقوم بإثبات تاريخ الطلب . والحكمة فى ذلك ترجع إلى أن المشرع يقوم بتقدير مستقبلى لما يمكن أن يحصل فيما بعد عندما يعوض الأمر على قاضى الأمور الوقتية الذى قد يأمر بالقيد ، فيعتبر القيد قد تم ليس من تاريخ أمر القاضى وإنما من تاريخ تقديم الطلب ، وبالتالى تتولد الآثار الموضوعية والإجرائية اللصيقة بهذا الطلب من تاريخ تقديمه وليس من تاريخ أمر القاضى بالقيد إذا صدر هذا الأمر فى المستقبل(١).

٣ – وعندما يقدر قلم الكتاب عدم قيد الصحيفة فهو لا يستقل بهذا القرار ، لأنه يلزم بعرض الأمر على قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة التى يعمل بها جزئية ، ابتدائية ، رئيس محكمة الاستئناف ، حيث لا يوجد بها قاضى للأمور الوقتية. ويقوم قلم الكتاب بعرض الأمر على هذا القاضى بعريضة ليفصل فيها هذا القاضى فوراً. والواضح من النص ومن طبقة المسألة المعروضة وظروف العجلة هو أن القاضى لا يشترط حضور أحد من قلم الكتاب أو الطالب لكى يفصل فى المسألة المطروحة عليه. وقد ينتهى بأن يأمر بالقيد ولا يستطيع قلم الكتاب الفكاك من هذا الأمر ،كما لا يملك التظلم منه حيث أنه فاقد المصلحة. كما قد يأمر القاضى بتكليف الطالب باستكمال أوجه النقص وذلك بعدم استدعائه وسماع أقواله وأقوال قلم الكتاب. وسماع الأقوال هذا يعتبر

---

(١) نبيل عمر ، التقدير القضائى المستقبلى ــ ١٩٩٩، ص٢٠ ،دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية.

أمر غريب على نظام الأوامر على عرائض حيث أنها خصومة تحقيق غير كامل ، والأصل فيها أن القاضى يأمر فى غياب الصدر ضده الأمر. وإذا أمر القاضى بالقيد اعتبرت الصحيفة مقيدة من تاريخ تقديمها وليس من تاريخ أمر القاضى بقيدها. لهذا قلنا أن واجب قلم الكتاب بإثبات تاريخ تقديم الطلب فى كل الأحوال يواجه مستقبلياً هذه الحالة لأن إثبات التاريخ كان قد تم قبل عرض الأمر على قاضى الأمور الوقتية وقبل صدور الأمر منه بالقيد. ومن جهة أخرى فلم يتكلم النص عن منع التظلم من قرار القاضى ومعنى ذلك ترك الأمر للقواعد العامة فى التظلم.

٤ – ومن جهة أخرى فقد أوجب القانون فى الفقرة الرابعة من المادة ٦٥ على قلم الكتاب أن يرسل خلال ثلاثة أيام من تاريخ قيد الصحيفة إلى المدعى عليه كتاباً موصى عليه بعلم الوصول ، يخطره فيه بقيد الدعوى وإسم المدعى عليه وطلباته والجلسة المحددة لنظرها ، ويدعوه للإطلاع على ملف وتقديم مستنداته ومذكرة بدفاعه. وأن يرفعه بكتابه هذا صورة من صحيفة الدعوى ومن المذكرة الشارحة أو من الإقرار الذى قدمه المدعى باشتمال صحيفة الدعوى على شرح كامل لها.

وبغض النظر عن تلك السلطات التى منحها القانون لقلم الكتاب فى فحص أوراق الخصوم ومستنداتهم وأدلة إثباتهم وهو غير مؤهل علمياً لكل ذلك. وكان الأمر يتم أمام القاضى . ولازال حتى مع هذا التعديل يظل للقاضى كامل السلطات فى بحث مدى كفاءة وتعلق الأدلة المقدمة كإثبات لإدعائهم . كما للقاضى أن يطلب ما يريد من الخصوم لإستكمال أوراقهم.

فلا ندرى ما الحكمة من منح قلم الكتاب هذه السلطة وهو غير مؤهل لها ، كما أن منح هذه السلطة له لا يؤثر فى الوقت ولا الجهد لأن قاضى الدعوى مازالت له السيطرة الكاملة على هذه المسألة.

كما أن طرح الأمر على قاضى الأمور الوقتية فيه مضيعة للوقت والنفقات ، حيث أن سلطات هذا الأخير لا تجب سلطات قاضى الموضوع فى التأكد مرة ثانية من سلامة الأوراق، وكفايتها ، وصلاحيتها للإثبات . وهذا إزدواج فى القيام بنفس العمل بإياه المنطق العملى للأعمال القضائية ودور الإجراءات بإعتبارها خادمة للحقوق الموضوعية وبالتالى لا يجوز أن تؤدى إلى تعطيل الحصول عليها أو جعل الحصول عليها شاق بباهظ التكلفة.

ومصير نص هذه المادة فى العمل سيكون شديد التواضع فهو إما سيهمل أعماله ، أو سيعمل بشكل روتينى غير جاد ، أو سيفتح الباب للتلاعب ، أى أن مشاكله أكثر من فوائده.

ولعل المشرع مازال مشتاق إلى فكرة النيابة المدنية كجهاز يخلص الأوراق من المنبع من كل مشاكلها ، بحيث إذا عرضت على القضاء فهى تعرض صالحه للفصل فيها تماماً ، وهذا النظام حتى لو أخذ به ، فإنه لن يعزل قاضى الموضوع عن ممارسة اختصاصاته من بحث لكفاية وسلامة الأوراق وتعلقها بالنظام المعروض أمامه(١).

ومن جهة أخرى لم يتعرض النص لحالة إغفال قلم الكتاب لعرض الأمر على قاضى الأمور الوقتية ، وفى هذه الحالة لا مناص أمام الطالب نفسه أن يعرض الأمر هو على هذا القاضى.

وقبل قيام قلم الكتاب بقيد الدعوى أو الطعن لا يعتبر هذا أو ذاك قد رفع وبالتالى لا تتولد آثار من هذا الإجراء أى من مجرد تقديم هذه الأوراق إلى قلم الكتاب دون قيدها.

لأنه كما سبق القول فالقيد يكمل الإبداع ومنهما تكون الدعوى أو يكون الطعن قد رفع ، ولا عبرة بإثبات قلم الكتاب لتاريخ تقديم الصحيفة

---

(١) نبيل عمر ، نظام قاضى التحضير فى القانون الفرنسى والنيابة المدنية المزمع الأخذ به فى مصر ، ١٩٩٩ دار الجامعة الجديدة.

المراد إيداعها أو رفعها . لأن هذا التاريخ يشفع فقط فى حالة صدور إذن قاضى الأمور الوقتية بقيد الدعوى أو الطعن ، فيعتبر هذا أو ذاك مرفوعاً من تاريخ تقديمها وليس من تاريخ إذن القاضى.

فإذا كنا إزاء ميعاد حتمى كميعاد الطعن وقدمت أوراقه فلم يقبلها قلم الكتاب ، وأثبت تاريخ تقديمها ، وكان هذا التاريخ فى خلال ميعاد الطعن ، ثم صدر أمر القاضى بالقيد بعد انقضاء ميعاد الطعن ، خلال هذا التاريخ الذى قيده قلم الكتاب وارتداد أثر القيد إليه لكان الحق فى الطعن قد سقط. وهذا ما يحدث بالفعل لو كان الميعاد قد انقضى بين تقديم الأوراق وصدور أمر القاضى إذا كان يوم قبول الأوراق . لأن تاريخ القيد سقط فى هذه الحالة ولا بد من إعادة الإجراءات فى الميعاد المحدد فى القانون ، هذا الميعاد فى الفرض الذى تواجهه يكون قد انقضى. وهذه كارثة إجرائية لم يلتفت إليها المشرع.

لهذا نرى بقاء تاريخ القيد الأول قائماً حتى إذا رفض القاضى قبول الأوراق ، وعلى صاحب الشأن إعادة تقديم أوراقه بشكل سليم ويأخذ هذا التقديم ذات التاريخ السابق الذى كان الميعاد قائماً فيه ، والفرض أن الأوراق ستكون مستوفاة وبالتالى سيقبلها قلم الكتاب ولن يحتاج إلى إعطائها تاريخ جديد. أما عبارة النص بأن قلم الكتاب عليه إثبات تاريخ طلب القيد في جميع الأحوال فيقصد به إثبات هذا التاريخ بالنسبة لأول طلب قدم إليه سواء قبله أو امتنع عن قبوله. ورغم ذلك فهذا التفسير يؤدى إلى تقييد إطلاق النص حيث أن النص يتكلم عن إثبات تاريخ الطلب دون أن يحدد ما إذا كان طلباً أولاً أو ثانياً.

ومع ذلك فلو تأملنا فى نص المادة ٦٥ فإننا نجده قد منح قاضى الأمور الوقتية سلطتين عليه أن يختار واحدة منهما وهو بأمر ، فهو إما يأمر قلم الكتاب بقيد الدعوى ، أو يأمر الطالب باستيفاء ما نقص ، ولا مشكلة فى الحالة الأولى حيث سيكون الميعاد المحدد لرفع الإجراء قد تم احترامه بفرض أن صاحبه تقدم بالعمل قبل انقضائه وتم قيد تاريخه لحظة

تقديمه فى قلم الكتاب. أما إذا أمر الطالب باستيفاء ما نقص وقـــام هــذا الأخير بذلك فإنه يكون قد استجاب لمطلب القاضى ويقوم قلم الكتاب بالقيد الذى يرتد تاريخه إلى تاريخ قيد طلب الذى تم فى الميعاد.

أما إذا رفض القيام بذلك ، وفات الميعاد ، وإعادة اتخاذ الإجـــراء مجدداً بشكل صحيح ، فإننا نصطدم هنا بسقوط الحق فى إتخاذ الإجراء ، ولن ينقذ الطالب هنا سبق تحديد وقيد تاريخ الطلب الأول لأنه لم يعد قائماً لا بحالته الأصلية ، ولا بحالته بعد التعديل.

وهذا يتمشى مع قاعدة لا يمكن لأحد أن يفيد من خطأه، هذه هـــى بعض المشاكل التى تثيرها المادة ٦٥ مرافعات فـــى إجـــراءات الطعـــن بالاستئناف.

وبناء على ذلك فالاستئناف يرفع إلى المحكمة بنـــاء علـــى طلـــب المستأنف بصحيفة تودع قلم الكتاب (م ٦٣) ، وكما هو الحال بالنســـبة لصحف الدعاوى ، على المستأنف دفع الرسم كاملاً عند إيداعه الصحيفـــة قلم الكتاب. ويستثنى من دفع الرسم الحالات التى يكون فيها الطاعن قـــد أعفى من أدائه. ولا يترتب البطلان جزاء على عدم أداء الرسم المســتحق على عريضة الدعوى ، على تقدير أن المخالفة المالية فى القيام بعمل مـــا لا ينبنى عليها بطلان هذا العمل ما لم ينص القانون على البطلان عن هذه المخالفة ، وفى هذا الصدد ينص قانون الرسوم القضائية على أن المحكمة تستبعد القضية من الجدول دون أن ينص على البطلان وذلك فـــى حالـــة عدم أداء الرسم ، وبناء على ذلك فلا يجوز الحكم بـــالبطلان[1]. وعلـــى المستأنف عند تقديم الصحيفة أن يقدم لقلم الكتاب صوراً منها بقدر عـــدد الخصوم المستأنف عليهم. ويزداد على ذلك صورة لقلم الكتـــاب. وعلـــى المستأنف أن يرفق بصحيفة الاستئناف جميع المستندات المؤيدة لاســـتئنافه ومذكرة شارحة (م٦٥/١). وبصدد هذه المذكرة الشارحة يجب أن نلاحظ

---

(١) أبو الوفا ، المرافعات ط ١٢ ، ص ٧٧٠ هامش ٢.

الفارق بينها وبين المذكرة الشارحة التى تقدم فى الطعن بـالنقض. ففـى النقض يمتنع إضافة أسباب للطعن جديدة عما سبق ذكره فـى صحيفـة الطعن بالنقض[1]. أما فى الاستئناف ، وبما أنه طريق عادى للطعن فـى الأحكام فمن الجائز إضافة أسباب جديدة للطعـن لـم تشـملها صحيفـة الاستئناف. ويقوم قلم الكتاب بقيد الاستئناف فى يوم تقديـم الصحيفـة ، وذلك فى السجل الخاص بذلك ، وذلك بعد أن يثبت فى حضور المسـتأنف أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظره وذلك فـى أصـل الصحيفـة وصورها. وعلى قلم الكتاب فى اليوم التالى ـ ميعاد تنظيمى لا يرتـب بطلان ـ على الأكثر أن يسلم أصـل الصحيفـة وصورهـا إلـى قلـم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إليه.

ومع ذلك يجوز فى غير دعاوى الاسترداد وإشـكالات التنفيـذ أن يسلم المستأنف بناء على طلبه أصل الصحيفة وصورها ليتولى تقديمـها بنفسه إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إلـى المسـتأنف ليقـوم بإعادته إلى قلم الكتاب (م ٦٧).

وفضلاً عن أداء الرسم ، يوجب القانون إذا كان سبب الاسـتئناف هو وقوع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم وكـان الحكم صادراً بصفة انتهائية (م ٢٢١) ، فى هذه الحالـة يجـب علـى المستأنف أن يودع خزانة المحكمة الاستئنافية عند تقديم الاستئناف مبلـغ خمسة جنيهات على سبيل الكفالة. ولا يقبل قلم الكتاب الصحيفـة إذا لـم تصحب بما يثبت هذا الإيداع . وإذا تعدد المستأنفون فى قضية واحـدة ، وقدموا صحيفة استئناف واحدة ، فإنهم جميعاً يدفعون مبلغاً واحدة ، وذلك حتى ولو اختلفت أسباب طعونهم ، ويصادر هذا المبلغ لصالح الخزانـة العامة إذا حكم بعدم جواز الاستئناف لانتفاء البطلان المنصوص عليه فى المادة ٢٢١. وتودع الصحيفة قلم كتاب المحكمة الاسـتئنافية المختصـة

---

(١) نبيل عمر ، النظرية العامة للطعن بالنقض ، ص ٣٢٠.

والسابق لنا تحديدها. وهى المحكمة التى تتبعها المحكمة التى أصــــدرت الحكم المطعون فيه. وعدم الاختصاص بالنسبة للمحاكم الاستئنافية يتعلــق بالنظام العام. وعدم الاختصاص بالنسبة للمحاكم الاستئنافية يتعلق بالنظام العام ، وتعمل المحكمة المادة ١١٠ مرافعات فى هذا الصدد.

ويجب أن يتم إيداع صحيفة الطعن بالاستئناف قلم الكتاب فى خلال ميعاد الطعن بالاستئناف أياً كان قدره ، وأياً كانت نقطة بدايته . ويراعــى ما تنص عليه المادة ٢٣١ فى هذا الصدد(١).

ومن أحكام القضاء ما يلى :

والقضاء بقبول الاستئناف شكلاً ينطوى على قضاء ضمنى بجــواز الاستئناف بما تستنفذ به المحكمة ولايتها فى هذا الصدد ولو قدمت إليـــها أسباب جدية ولو تعلقت بالنظام العام.لأن حجية الحكم تعلو على اعتبارات النظام العام ، بما يوجب على المحكمة الرد فى حكمها بقبول الاســـتئناف شكلاً على الدفوع المتعلقة بعدم جواز الاستئناف وإلا كان حكمها بـــاطلاً لخلوه من الأسباب وحكم بأن : " الحكم الصادر بقبول الاستئناف شــــكلاً إنما يتصل بشكل الاستئناف أى بميعاد الطعن وقابلية الحكم للطعـــن فيـــه بطريق الاستئناف ، وأن من تم اختصامهم فيه كانوا خصوماً أمـــام أول درجة ولا يتعداه إلى موضوعة الذى لا تملك المحكمة نظرة والفصل فيـــه إلا بعد الفصل فى شكل الاستئناف(٢).

وحكم بأنه مـــتى قضت المحكمة الاستئنافية بقبول الاستئناف شكلاً

---

(١) ويلاحظ أن المواعيد الواردة فى المادة ٢٣١ من قانون المرافعات هـــى مواعيـــد تنظيمية لا يترتب على مخالفتها أى بطلان ، كما لا يترتب البطلان على عدم ضم الملف الابتدائى. وبالتالى فإن النعى ببطلان الإجراءات لهذا السبب يكـــون غـــير مقبول ما لم يبين أثر ذلك على الحكم المطعون فيه.
- راجع نقض مدنى ١٩٧٦/٣/١٧ طعن رقم ٥٩٨ س ٤١ مشار إليه فى كمـــال عبد العزيز ص ٤٦٢.

(٢) نقض ١٩٨٥/٦/٢ طعن ١٠٩٨ س ٥١ ق.

كان قضاؤها هذا قضاء ضمنيا بجواز الاستئناف يحوز قوة الأمر المقضى ويحول دون العودة إلى إثارة النزاع أمامها فى شأن جواز الاستئناف أو عدم جوازه(١).

ويلاحظ أن محكمة النقض وصفت الحكم الصادر بقبول الاستئناف شكلا بأنه حكم حائز لقوة الأمر المقضى، ورتبت نتائج على هذا الوصف، ولكننا نرى أن مثل هذا الحكم لا يحوز حجية أو قوة الشئ المقضى على خلاف فى الطبيعة والدرجة والآثار بين الفكرتين. ذلك لأن الحجية والقوة لا تخلف إلا الأحكام الصادرة فى أصل الحق المتعلق بموضوع من موضوعات القانون الخاص. ولا يحوزها إلا الأحكام الصادرة فى الموضوع ، أو فى شق منه ، أو مسألة متولدة أو متفرعة عنه. والحجة وكذلك القوة هى أفكار وظيفية محدودة العمر فهى أوصاف تلحق الأحكام القطعية جميعها إذا كانت صادرة فى الموضوع ، وهى أفكار أو أوصاف مرحلية فى صيرورة الحكم نحو اكتسابه الصفة التنبيه بعدم قابليته للطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن ، وهى تولد آثارها خارج الخصومة التى صدرت فيها ، وليس هنا مجال لإضافة فى ذلك(٢).

أما الأحكام الصادرة بقبول الاستئناف شكلا فهى تستنفذ ولاية القاضى بحيث تلزمه بالقضاء الصادر منه فلا يستطيع المساس به بعد صدوره ، فهو فاقد لولايته إعادة النظر فى الأحكام القطعية الصادرة قبل الفصل فى الموضوع نتيجة لتساقط المراكز الإجرائية التى بناء عليها صدرت مثل هذه الأحكام(٣).

والهدف من ذلك ، هو ضمان استمرار اضطراد الخصومة عن

---

(١) نقض ١٩٥٩/٣/١٩ طعن ٥٥س ٢٥ق .
نقض ١٩٥١/١١/١٥ طعن ٢٤ س ١٩ق .

(٢) راجع الوسيط فى المرافعات ، نبيل عمر ط ١٩٩٩ .

(٣) نبيل عمر ، سقوط وتحول وانقضاء وتعدد المراكز الإجرائية ١٩٩٩ ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

السير المتقدم إلى الأمام بهدف صدور الحكم الحاسم لأصل الحق موضوع النزاع. وهذا الاستمرار لن يكون مكفولا إذا سمحنا للقاضى بإصدار حكم قطعى قبل الفصل فى الموضوع وسمحنا له بعد ذلك بالعدول عنه ، بهذه الطريقة لن نصل إلى حسم النزاع.

وحكم بأن الاستئناف يرد على القضاء الصريح والضمنى وبناء على ذلك فإن الحكم يوقف الدعوى تعليقيا ينطوى على قضاء ضمنى بصحة شكل الدعوى ومن ثم فإنه استئنافه يطرح على محكمة الاستئناف النظر فى صحة شكل الدعوى التى صدر فيها بما يجز لها أن تقضى ببطلان الحكم متى تبينت وفاة المدعى عليه قبل رفع الدعوى[1].

ويلاحظ على هذا الحكم أن وفاة المدعى عليه قبل رفع الدعوى يؤدى إلى إقامتها على شخص ميت قبل رفعها مما يؤدى إلى انعدام إجراءات رفعها ، وإنعدام جميع الأحكام التى تصدر بناء على صحيفتها.

يرفع الاستئناف بالإجراءات الواردة فى المادة ٢٣٠ مرافعات وهى الأصل العام الواجب الاتباع حيث لا يوجد نص خاص يتيح فى رفع الاستئناف وأن الإجراءات الواجب إتباعها فى رفع الدعوى المنصوص عليها فى المواد من ٦٣ إلى ٦٩ ومخالفة ذلك يرتب بطلان متعلق بالنظام العام تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها.

وحكم بناء على ذلك بأن: " إذا كان المطعون عليه قد حدد فى صحيفة الاستئناف طلباته ثم عاد وفى مذكرة مقدمه منه فاستدرك ما فاته من طلبات فى صحيفة الاستئناف ، وهو ما يعتبر استئناف للحكم بغير الطريق القانونى ، فإنه يتعين الحكم ببطلانه ولا يمنع من ذلك عدم تمسك الطاعن بهذا البطلان أمام محكمة الموضوع لأنه سبب قانونى يتصل

---

(١) على الشيخ ، الحكم الضمنى ، رسالة المنوفية ١٩٩٧ .
نقض ١٩٨٦/٣/٢٠ ط ١٦٣٢ س ٥٢ق .

بطرق التقاضى وأوضاعه[١].

والمبدأ العام هو أن الاستئناف يعتبر مرفوعاً بإيداع صحيفته قلم الكتاب بمحكمة الاستئناف خلال الميعاد المقرر فى القانون وبعد أداء الرسم المقرر[٢].

وبالتالى لا يعتبر الاستئناف مرفوعاً ولو تم تقدير الرسوم القضائية المستحقة عليه ، أو تم سدادها ، مادامت صحيفته لم تودع فى قلم الكتاب. فهذه الوقائع تكون منبتة الصلة بتقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب وسابقة عليه[٣].

وبناء على ذلك إذا تم تقدير الرسوم ، وتم سدادها فى اليوم الأخير لرفع الطعن ، ثم أودعت الصحيفة فى اليوم التالى بقلم كتاب محكمة الاستئناف ، فإن إجراءات رفع الاستئناف تكون باطلة لسبق سقوط الحق فى رفعه بانقضاء اليوم الأخير من الميعاد دون رفع هذا الطعن.

ولا يشترط لقبول الاستئناف أن يكون المستأنف قد سدد الرسوم القضائية المستحقة قبل إيداع الصحيفة قلم الكتاب أو خلال ميعاد الاستئناف فقد خلت المادة ٢٣٠ مرافعات من الإشارة إلى ذلك. كذلك لم تنص المواد ٦٣ و ٦٥ مرافعات على ذلك وبناء عليه فإن أداء الرسوم لا يعتبر شرطاً لقبول الدعوى أو الطعن ، كما لا يعتبر عدم سداد الرسم شيئاً لبطلان الإجراءات ، وإنما ينحصر الجزاء فى أنه يجوز للمحكمة استبعاد

(١) نقض مدنى ١٩٦٧/٥/٢٤ ط ٢٠٤ س ٣١ ق .
نقض مدنى ١٩٦٦/١/١٣ ط ٢٩٠ س ٣١ ق .
(٢) نقض مدنى ١٩٨٨/٣/١٦ ط ١٠٧٣ س ٥٤ ق .
نقض مدنى ١٩٨٩/٥/٢٢ ط ١٦٣٧ س ٥٢ ق .
(٣) نقض ١٩٨٥/١٢/١٢ ط ١٩١٧ س ٥١ ق .
نقض مدنى ١٩٨٥/٥/٢١ ط ٥٣٣ س ٥٠ق .
نقض مدنى ١٩٨٢/٣/٣١ ط ٢١١ س ٤٧ ق .
نقض مدنى ١٩٩٣/١/١٠ ط ١٢٩٤ س ٥٨ق .

القضية من جدول القضايا عملاً بصريح نص المادة ١٣ من قانون الرسوم القضائية رقم ٩٠ لسنة ١٩٩٤.

ولا يعتد فى رفع الاستئناف كذلك بواقعة قيد الاستئناف بجدول المحكمة عملاً بالمادة ٦٧ مرافعات.

وبالتالى يعتبر الاستئناف مرفوعاً بمجرد تقديم صحيفته على النحو المتقدم إلى قلم الكتاب ولو تراضى قيدها إلى اليوم التالى. وعلى ذلك فإذا قام قلم الكتاب بتقديم الرسم وقبضه بكامله واثبت تاريخ الجلسة المحددة لنظر الاستئناف على صحيفته وتتابع كل ذلك فى تاريخ واحد هو اليوم الأربعين من تاريخ صدور الحكم حضورياً وهو نهاية ميعاد الاستئناف.

فإن الصحيفة تكون قد أودعت ، ويكون الاستئناف مرفوعاً فى الميعاد ، وإن خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بسقوط الحق فى الاستئناف لرفعه بعد الميعاد ، إذ لم يقيد فى السجل إلا فى اليوم التالى لانقضاء الميعاد يكون قد خالف القانون(١).

والسبب فى ذلك يرجع إلى أنه بإيداع الصحيفة بعد أداء الرسم يكون المستأنف قد تخلى عن حيازة الصحيفة ، وصارت تحت السيطرة الكاملة لقلم الكتاب وعليه أن يستكمل فى شأنها ما ألزمته به المادة ٦٧ مرافعات من قيدها فى السجل الخاص وتسليمها إلى قلم المحضرين لإعلانها.

وهو ما يدل على الفصل بين عمليتى إيداع الصحيفة وقيدها. وتنتج الصحيفة أثرها فى اعتبار الاستئناف مرفوعاً ولو أودعت قلم كتاب محكمة غير مختصة.

لأن رفع الاستئناف أمام مثل هذه المحكمة لا يترتب عليه بطلان إجراءات رفعه ، وتقوم المحكمة التى أودعت الصحيفة قلم كتابها بالقضاء

---

(١) نقض ١٩٨٢/٣/٣١ ط ٢١١ س ٤٧ ق .

بعدم اختصاصها بنظر الاستئناف وإحالته إلى المحكمة المختصة[1].

وفيما يتعلق ببيانات صحيفة الاستئناف فإنه يلاحظ أن هذه البيانات تحتوى على طوائف ثلاث من هذه البيانات ، الطائفة الأولى بيانات أوراق المحضرين ، الطائفة الثانية ، بيانات صحف الدعاوى ، الطائفة الثالثة بيانات صحف الاستئناف وفقا لمادة ٢٣٠ مرافعات.

وجزاء البطلان لتخلف أو تعيب هذه البيانات يرجع فى شأنه إلى القواعد العامة المقررة للبطلان الواردة فى قانون المرافعات.

ويكفى فى بيان الحكم المستأنف ألا تترك بيانات الصحيفة مجالا للشك فى تحديد الحكم الوارد عليه الطعن ، ومن ثم فإن الخطأ فى رقم الدعوى التى صدر فيها الحكم لا يبطل الحكم[2].

وإذا صدرت عدة أحكام بين الطرفين فى تواريخ مختلفة فيكفى ذكر تاريخ الحكم وإلا وجب إيراد البيانات الأخرى التى تميز الحكم المستأنف. ولا يؤدى إغفال تاريخ الحكم إلى بطلان الحكم متى كان لايترتب على ذلك لبس فى معرفته أو لم يوجد غيره بين الطرفين. وينصب الاستئناف على الحكم المبين فى الصحيفة.

وليس هناك ما يمنع من رفع استئناف عن عدة أحكام بصحيفة واحدة وللمحكمة الاستئنافية أن تفصلها عن بعضها وتقضى فى كل منها على حدة إن رأت أن المصلحة تقضى بذلك.

كما لا يلزم إيراد منطوق الحكم متى كانت باقى بيانات الصحيفة تتحقق بها الغاية من إيراده[3].

---

(١) نقض ١٩٨٠/٥/١٥ ط ١٢١٢ س ٤٧ ق.
نقض ١٩٧٦/٣/٢٩ ط ٤٩٩ س ٤١ ق.
(٢) نقض مدنى ١٩٨٣/١٢/٢٢ ط ٩٢٠ س ٥٠ ق .
(٣) نقض مدنى ١٩٨٩/٥/٢٧ ط ١٧٣٢ س ٥٢ ق .

وقضت محكمة النقض بأن المقصود من أسباب الاستئناف التي يبنى عليها الطعن هو : " وجوب اشتمال الصحيفة على بيان أسباب الاستئناف وإلا كانت باطلة ، وقد قصد المشرع بذلك إعلام المستأنف عليه بأسباب الاستئناف ليرد عليها أو يسلم بها ، ولم يقصد تحديد نطاق الاستئناف بهذه الأسباب كما هو الحال بالنسبة للطعن بالنقض ، فيستطيع المستأنف أن يضيف إليها ما يشار من الأسباب أثناء المرافعة أمام المحكمة أو يعدل عنها إلى غيرها[1].

كما يجب أن تكشف أسباب الاستئناف عن جدية الطعن ، وبناء على ذلك تبطل صحيفة الاستئناف إذا خلت تماما من الأسباب أو إذا اقتصر ما ورد بها على أسباب عامة تصلح لأى استئناف كالقول بأن الحكم ضار بالمستأنف أو أنه واضح الخطأ.

وإذا كانت الغاية من الاستئناف هى تخطئة الحكم المستأنف وإلغائه، فإنه يقع على عاتق الطاعن إثبات الأخطاء التى يسندها إلى الحكم المستأنف[2].

وطلبات المستأنف هى موضوع صحيفة الطعن وشرط جوهرى لوجودها حتى يتمكن الخصوم والقاضى من تحديد ما يبتغيه المستأنف من استئنافه الذى قد يقف عند طلب تعديل الحكم المستأنف أو يجاوز ذلك إلى طلب إلغائه أو بطلانه أو إلغاء النفاذ المعجل المشمول به. وإذا اشتمل الحكم المستأنف على أكثر من جزء واقتصر المستأنف على طلب إلغاء بعضها فإن ذلك يفيد قبوله للأخرى ، فإذا لم يشر إلى تحديد جزء بعينه فإنه يعتبر طاعنا فى الحكم كله بجميع أجزائه. وعلى ذلك فطلب المستأنف إلغاء الحكم المستأنف ينطوى على طلب القضاء للمستأنف بما

---

(١) نقض ١٩٨٦/٣/٢٥ ط ٢٤٠٣ س ٥٢ ق .
نقض ١٩٦٨/٢/٣ ط ٣١١ س ٣٤ ق .
(٢) نقض ١٩٨٤/٤/٩ ط ٢٠٥٧ س ٥٣ق .

كان قد رفضه الحكم المستأنف[1].

ويتعين أن تتضمن صحيفة الاستئناف توقيع محام مقيد بجدول المحامين المقبولين أمام محاكم الاستئناف. وهذا أمر يتعلق بالنظام العام يترتب على تخلفه البطلان . وللمحكمة الحكم به من تلقاء نفسها. ولا يسقط الحق فى التمسك به بالكلام فى الموضوع ويجوز التمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى[2]. ولا يجوز إثارته لأول مرة أمام النقض لما يخالفه من واقع[3]. ويجوز استكمال الإجراء بالتوقيع أثناء الجلسة بشرط أن يتم ذلك خلال ميعاد الاستئناف[4]. ويقع على عاتق المتمسك بالبطلان فى هذه الحالة تقديم الدليل على الدفع[5].

ويكفى أن يرد التوقيع على أصل الصحيفة المعلن إلى الخصوم أو على الصورة المودعة قلم الكتاب[6].

ولا يلزم أن يكون المحامى الذى رفع الصحيفة هو الذى حررها[7].

ولا يلزم توقيع صحية الاستئناف المرفوع على أحد المحامين متى عجز المستأنف عن توكيل محام أو لم يصدر الإذن من مجلس النقابة لمحامى المستأنف برفعه ولا محل لاشتراط تقديم طلب بالإذن بالفعل[8].

ولا يبطل توقيع المحامى أن يكون مستبعدا من الجدول بسبب عدم

---

(١) نقض ١٩٦٥/١٢/٣٠ ط. ٢٩٦ س ٣١ ق مجموعة النقض س ١٦ص ١٣٧٣.

(٢) نقض مدنى ١٩٨٣/٣/٩ ط ١٦١١ س ٤٨ق .

(٣) نقض مدنى ١٩٨٨/٣/١٣ ط ١٨٠٦ س ٥٣ق.

نقض مدنى ١٩٨٢/١١/١٥ ط ١٥٩٨ س ٤٨ ق .

(٤) نقض مدنى ١٩٨٩/٢/٨ ط ٥٩٥ س ٥١ ق.

نقض مدنى ١٩٧٣/٢/٢٠ ط ٤٢٧ س ٣٧ ق .

(٥) نقض مدنى ١٩٨٧/١/٤ ط ٢٤٩٢ س ٥٢ ق.

(٦) نقض مدنى ١٩٨٣/٣/٢١ ط ١٧٤٣ س ٥٠ق .

(٧) نقض مدنى ١٩٨٨/١٢/٢٠ ط ٧٥٠ س ٥٦ ق .

(٨) نقض مدنى ١٩٨٠/٢/٦ ط ٦٧١ س٤٦ ق.

سداد الاشتراك إذ يقتصر ذلك على المساءلة التأديبية[1].

كما لا يبطل توقيع المحامى أن يكون جامعا بين المحاماة والوظيفة العامة[2].

ولا يلزم التوقيع على غير صحف الاستئناف . فلا يلزم التوقيع على صحف تعجيل الاستئناف من الانقطاع ، أو الوقف ، أو الشطب ، أو التجديد بعد قضاء محكمة النقض بنقض الحكم والإحالة[3].

ويجوز للمستأنف شخصيا أن يوقع صحيفة الاستئناف إذا كان محاميا مقبولا أمام الاستئناف[4].

ويتعين أن يظهر فى صحيفة الاستئناف بيان المحكمة المرفوع إليها الاستئناف بشكل نافيا للجهالة ، وكذلك بيان تاريخ الجلسة المحددة لنظر الاستئناف ، ولا يلزم أن تتضمن صحيفة الاستئناف تاريخ تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب أو رقم قيده بجدول المحكمة[5].

وإعلان صحيفة الاستئناف هو أمر خارج عن الصحيفة ذاتها وتنقطع الصلة بواقع إيداعها قلم الكتاب ، ومن ثم فإن عدم إعلان الصحيفة أو بطلان إعلانها لا يعنى بطلان إيداعها قلم الكتاب ولا أثر له على ما أنتجه إيداع الصحيفة من آثار إذ أن الجزاء عليه محكوم بجزاءات أخرى[6].

وبناء على ذلك فإن الحكم الصادر ببطلان إعلان صحيفة الاستئناف يقتصر أثره على ما شاب هذا الإعلان وحده ، ولا يعتد به بالنسبة إلى

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٢/٥/٤ ط ٢٦٩ س ٣٧ ق.
(٢) نقض مدنى ١٩٩١/٤/٢ ط ١ س ٥٩ ق .
(٣) نقض ١٩٨٣/٦/٣٠ ط ٢٤٢٠ س ٥٢ق .
(٤) نقض ١٩٧٦/٢/١٠ ط ٢١٨ س ٤٠ ق.
(٥) نقض ١٩٦٤/٥/١٤ ط ٢٧٠ س ٢٩ ق .
(٦) نقض مدنى ١٩٧٩/١١/٦ ط ٢٢٥ س ٤٩ ق .

صحة صحيفة الطعن المودعة قلم الكتاب. إذ لا أثر للإجراء الباطل على الإجراء الصحيح السابق عليه ، وعلى ذلك فإن بقاء إجراء الإيداع صحيحا يكون من شأنه أن تظل الصحيفة منتجة لآثارها القانونية. وبالتالى فإن للمحكمة أن تعول عليها وهى بصدد بحث انعقاد الخصومة إذا ما تمت المواجهة فيها بإعلان الطاعن إعلانا صحيحا أو بحضوره أمام القضاء ومتابعة السير فى الدعوى[1].

ويخضع إعلان صحيفة الاستئناف للقواعد العامة فى إعلان أوراق المحضرين ، والخصومة فى الاستئناف تعتبر مستقلة عن الخصومة أمام محكمة أول درجة ، ومن ثم فإن التنازل عن التمسك ببطلان الإعلان أمام أول درجة لا يعنى التنازل عن التمس ببطلان إعلان صحيفة الاستئناف لنفس السبب[2].

وانعقاد الخصومة فى الاستئناء يتم بإعلان صحيفتها بشكل صحيح وبعد تعديل قانون المرافعات بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ صارت الخصومة تنعقد فى الاستئناف بالإعلان الصحيح أو بحضور المستأنف عليه بدون إعلان أصلا ، أو بناء على إعلان باطل[3].

وإذا كان الأصل أن تتعدد صدور صحيفة الاستئناف بقدر عدد المستأنف ضدهم ، إلا أنه يجوز إعلانهم بصورة واحدة متى تم الإعلان فى موطنهم المختار وفى ذلك تقول محكمة النقض أن مكتب المحامى الموكل عنهم والذى يباشر الخصومة عنهم فى مرحلتى التقاضى فى نطاق الوكالة المشار إليها. فإن النعى ببطلان هذا الإعلان يكون على غير أساس[4].

---

(١) نقض مدنى ١٩٩٣/٣/٢٨ ط ٤٠٢ س ٥٣ ق.
(٢) طعن مدنى ١٩٨٠/٤/٢٣ ط رقم ٨٨٤ س ٤٩ ق.
(٣) نقض مدنى ١٩٩٤/١/٦ ط ٤٩٤٦ س ٦٣ ق.
(٤) نقض ١٩٦٣/٣/٢٩ ط ١٠ س ٢٨ ق.

ومع ذلك يرى البعض ضرورة إعلان كل مستأنف عليه بصحيفة على حدة [1].

وتنص المادة ٢٣١ مرافعات على ضرورة قيام قلم كتاب المحكمة المرفوع أمامها الاستئناف بطلب ضم ملف الدعوى الابتدائية في اليوم التالي لليوم الذي يرفع فيه الاستئناف.

وعلى قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم أن يرسل الملف خلال عشرة أيام على الأكثر من تاريخ طلبه.

وينقضي هذا الميعاد إلى ثلاثة أيام في الدعاوى المستعجلة.

وبعد إيداع الصحيفة قلم كتاب المحكمة يتعين إعلانها إلى المستأنف عليه وتكليفه بالحضور ، وهذا ما نتناوله في المطلب الثالث والأخير من هذا المبحث.

المطلب الثالث

إعلان صحيفة الطعن بالاستئناف

٢٠٨- تنص المادة ٢١٤ من قانون المرافعات في باب الأحكام العامة القابلة للتطبيق على سائر طرق الطعن على أن : " يكون إعلان الطعن لشخص الخصم أو في موطنه ويجوز إعلانه في الموطن المختار في ورقة إعلان الحكم .

وإذا كان المطعون ضده هو المدعي، ولم يكن قد تبين في صحيفة افتتاح الدعوى موطنه الأصلي، جاز إعلانه بالطعن في موطنه المختار المبين في هذه الصحيفة.

وتنص المادة ٢٤٠ من قانون المرافعات على أنه:" تسري على

(١) كمال عبد العزيز ط ١٩٩٥ ص ١٤٨٧ .

الاستئناف القواعد المقررة أمام محكمة الدرجة الأولى سواء فيما يتعلق بالإجراءات أو بالأحكام ما لم يقضى القانون بغير ذلك".

نرى حتى يكون البحث منظما أن نتناول إعلان صحيفة الطعن في النقاط التالية:

نتناول أولا: الإعلان للشخص الطبيعي لشخصه.

ونتناول ثانيا: الإعلان للشخص الطبيعي في موطنه الأصلي .

وثالثا: الإعلان للخص الطبيعي في موطنه المختار.

ونتناول رابعا: الإعلان الشخص الاعتباري.

نتناول كل مسألة من هذه المسائل في فقرة مستقلة .

٢٠٩- أولا: الإعلان للشخص الطبيعي أى لشخص المراد إعلانه.

تنص المادة ١٠ من قانون المرافعات على أن تسلم صورة الإعلان إلى شخص المطلوب إعلانه أو في موطنه، والخيار في ذلك متروك للمحضر حسب الظروف أو تعليمات طالب الإعلان، ما لم ينص القانون علي غير ذلك كما هو الحال في المادة ٢/٦٦ ، والمادة ١/٢١٤ من قانون المرافعات.

فعندئذ يفترض الإعلان لشخص المعلن إليه معرفة المحضر له أو استدلاله عليه. ويجب على المحضر التحقق من شخص المعلن إليه. ويصح الإعلان لشخص المعلن إليه في أى مكان ولو في غير موطنه. وبالتالي يمكن إجراء هذا الإعلان في الطريق العام أو في مكان العمل ما دام هذا المكان يدخل في الاختصاص المحلي للمحضر[1]. والإعلان لشخص المعلن إليه يعتبر بمثابة العلم اليقيني بمضمون الورقة المعلنة.

---

(١) فتحي والي، ص ٣٤٩ . وهذا الاختصاص المحلي للمحضر يتحدد بدائرة المحكمة التي يعمل بها المحضر.

ويجوز إعلان من له موطن معلوم فى الخارج لشخصه أثناء تواجده بمصر[1] ويجب على المحضر التحقق من شخصية المعلن إليه وإلا كان مسئولاً عن بطلان الإعلان. وإذا تم تسليم الإعلان فى موطن المعلن إليه إلى شخص قرر للمحضر انه هو المعلن إليه، وهو ليس كذلك، فإن الإعلان يكون باطلاً ، إلا إذا كان هذا الشخص ممن له صفة فى تسلم صورة الإعلان فى موطن المعلن إليه[2].

بينما يرى رأى آخر، أنه إذا قرر شخص موجود فى موطن المعلن إليه أنه هو ذات المعلن إليه، فإن الإعلان يكون صحيحاً ، لأن المشرع يشترط توقيع من يستلم الإعلان أو ذكر سبب امتناعه عن التوقيع دون تفرقة بين المعلن إليه والأشخاص الآخرين الذين يجوز لهم تسلم الإعلان. فطلب التوقيع على ورقة رسمية بما يترتب عليه من تزوير فى حالة عدم الصحة ، يكون ضماناً ضد من ينوى إبداء تقرير غير صحيح على ورقة رسمية[3].

ويرى البعض الآخر مؤيداً الرأى الذى يعتمد صحة الإعلان فى موطن المراد إعلانه، إلى شخص يقرر للمحضر أنه هو المعلن إليه وهو ليس كذلك أن:

" قصد المشرع تسليم الورقة إلى من يقرر أنه وكيل الشخص المطلوب إعلانه فى حالة عدم وجوده فى موطنه، فالمحضر غير مكلف بالتحقق من صفة من يتقدم إليه لاستلام الإعلان ما دام هذا الشخص قد خوطب فى موطن المراد إعلانه، فمتى تم هذا فلا يكون هناك محل للتمسك بعدم وصول الإعلان حتى ولو أدعى المعلن إليه أن الصفة التى

---

(١) عبد المنعم حسنى، ص ١٣٣.
(٢) فتحى والى، ص ٣٤٩ هامش ١.
- عبد المنعم حسنى ، ص ١٣٣.
(٣) إبراهيم سعد، ص ٧٠٤ هامش ٤.

قررها مستلم الإعلان للمحضر غير صحيحة " [(١)].

والواقع أننا نؤيد هذا الرأى الأخير، فالمحضر ليس عليه التزام بالتأكد من شخصية من يتقد إليه لاستلام الإعلان، ما دام الإعلان يتم فى موطن المراد إعلانه، وعلى ذلك فمن يتقدم إليه مقرراً أنه هو ذاته المراد إعلانه شخصياً، فإن هذا التقرير يكفى ويكون الإعلان صحيحاً، حتى وإن كان هذا التقرير كاذباً.

ومن جهة أخرى فإذا رفض المعلن إليه تسلم صورة الإعلان، فطبقا للمادة ١/١١ من قانون المرافعات على المحضر أن يسلم هذه الصورة إلى جهة الإدارة. وقد جرى قضاء النقض على ذلك دون تفرقة بين ما إذا كان الممتنع عن الاستسلام هو شخص المراد إعلانه، أو غيره ممن حددتهم المادة ١٠ من قانون المرافعات[(٢)].

وإذا لم يقم المحضر بتسليم الورقة إلى جهة الإدارة، ولم يرسل خطابا مسجلا طبقا لما هو وارد بالمادة ٢/١١ فإنه يقع عليه جزاء إدارى، ويكون الإعلان باطلا. وهذا البطلان يتعلق بالمصلحة الخاصة، فلا يجوز التمسك به إلا ممن شرع البطلان لصالحه. والذى شرع البطلان لصالحه هو المراد إعلانه. وتنص المادة ٢١ من قانون المرافعات على أنه : " لا يجوز التمسك بالبطلان من الشخص الذى تسبب فيه"، ولما كان المعلن إليه هو الذى تسبب فى هذا البطلان بسبب امتناعه شخصيا عن تسلم صورة الإعلان فليس له التمسك بالبطلان، وبالتالى يكون الإعلان صحيحا رغم عدم تسليم الصورة إلى جهة الإدارة[(٣)].

---

(١) أبو الوفا، المرافعات، ص ٤١٧ هامش٣.
-نقض مدنى ١٩٦٣/٥/٣٠ مجموعة النقض س ١٤ ص ٦٧٩.
-نقض مدنى ١٩٥٩/٣/٥ مجموعة النقض س ١٠ ص ١٩٩.
(٢) نقض مدنى ١٩٥٧/١١/٧ مجموعة النقض س ٨ ص ٧٧٦.
(٣) فتحى والى، المرجع السابق، ص ٣٤٩- ٣٥٠.

ولا يجوز التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض ببطلان إعلان الاستئناف، لأن في التمسك بذلك إثارة لمسائل واقعية كان لابد من عرضها أمام محكمة الموضوع[١]. وحكم بأن الغرض من تسليم الصورة إلى رجل الإدارة هو لتوصيلها إلى المراد إعلانه، فإذا لم يفعل ذلك، ولم يثبت أن الإعلان وصل إلى الخصم فلا يمكن أن يعتبر الإعلان صحيحاً إذ ليس من غرض المشرع ولا من العدل أن يضار خصم بإجراءات اتخذت في غيبته[٢]. وليس على جهة الإدارة أي التزام بالعمل على تسليم الصورة إلى المراد إعلانه بل عليه هو أن يسعى إلى الإدارة لاستلامها[٣].

٢- ثانيا: إعلان الطعن للشخص الطبيعي في موطنه الأصلي .

تنص المادة ١/٢١٤ من قانون المرافعات على أن : " يكون إعلان الطعن لشخص الخصم أو في موطنه......." ويقصد بلفظ الموطن هنا، الموطن اللأصلي للمراد إعلانه بالطعن، والموطن الأصلي أو العام، هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، والإقامة العادية، هي الإقامة الفعلية على نحو من الاستقرار يبلغ أن يكون عادة ، مع قيام النية على ذلك، وهذا أمر يستقل بتقديره قاضي الموضوع[٤]. ويقصد باستقرار الإقامة، استقرارها على وجه يتحقق معه شرط الاعتياد ولو تخللتها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة[٥]. ويكون إعلان الطعن في الموطن الأصلي للمعلن إليه، لأن الغالب هو تواجد الشخص في موطنه. والمحضر ينتقل إلى موطن المعلن إليه لإجراء الإعلان. ويستدل المحضر على موطن المعلن

---

(١) نقض مدني ١٩٧٣/٣/٣ مجموعة النقض ٢٤ ص ٣٧٢.

(٢) ويلاحظ أن الموطن الأصلي كما عرفته المادة ٤١ من القانون المدني، هو الموطن . نقض مدني ١٩٦٨/٢/١ مجموعة النقض س ١٩ص ١٩٥.

(٣) أبو الوفا، المرافعات ، ص ٤١٩.

(٤) نقض مدني ١٩٥٤/١٢/١٦ مجموعة النقض س ٦ص ٣٣٦.

(٥) استئناف الإسكندرية ١٩٥٥/٥/١٩ المحاماة ٣٦ ص ٤١١.

إليه من بيانات ورقة الإعلان. ويجب تسليم الصورة فى هذا الموطن وإلا كان الإعلان باطلا.

ويستوى تسليم صورة إعلان الطعن بالاستئناف فى الموطن الأصلى لشخص المستأنف عليه، أو لشخص من الأشخاص الذين ذكرتهم المادة ٢/١٠ من قانون المرافعات، ومع ذلك يرى البعض أن صورة الإعلان تسليم فى الموطن الأصلى لشخص غير المراد إعلانه لعدم وجود هذا الأخير(١).

والواقع أن هذا الرأى ينطلق من تفسير حرفى للمادى ٢/١٠ من قانون المرافعات التى تنص على أنه : " وإذا لم يجد المحضر المطلوب إعلانه فى موطنه كان عليه أن يسلم الورقة إلى من يقرر أنه وكيله... " . ورغم ذلك فوجود المراد إعلانه فى غير موطنه لا يمنع من تسليم الصورة إليه، ولكن تعتبر الصورة فى هذه الحالة أنها قد سلمت إلى شخص المراد إعلانه. وإذا سلم المحضر الصورة فى غير الموطن الأصلى للمراد إعلانه كان الإعلان باطلا. ولا يجوز إعلان الشخص فى مكان تلقيه العلم ما دام هذا المكان يعتبر موطنا له ولا يقيم فيه(٢). ويصح التساؤل هنا حول ما إذا كان يمكن اعتبار تسليم الصورة فى هذا المكان هو تسليم إعلان لشخص المراد إعلانه؟ وإذا تبين للمحضر انتقال المعلن

---

(١) ويلاحظ أن الموطن الأصلى كما عرفته المادة ٤١ من القانون المدنى. هو الموطن الذى يقيم فيه الشخص عادة. وهذا الوصف لا ينطبق على منزل العائلة لا إذا ثبت إقامة الشخص المراد إعلانه فيه على وجه الاعتياد والاستقرار. فإذا اعتبر الحكم المطعون فيه منزل العائلة موطنا للطاعنين- يجوز توجيه إعلان الحكم المستأنف إليهم فيه- بغير إثبات إقامتهم فإنه يكون قد أخطأ فى القانون:نقض مدنى ١٩٦٦/٣/١٠ مجموعة النقض س ١٧ ص ٥٥١.

(١مكرر) فتحى والى ، المرجع السابق، ص ٣٥٠.

(٢) ولا يصبح الإعلان فى موطن الأعمال إلا إذا كان النزاع يتصل بهذه الأعمال نقض مدنى ١٩٥٦/١٠/١٨ مجموعة النقض س ٧ ص ٨٢١.

(٢ مكرر) نقض مدنى ١٩٦٩/٥/٢٧ مجموعة النقض س ٢٠ ص ٨٠٢.

إليه إلى موطن آخر، فيجب أن يثبت ذلك فى محضـــره . وينتقـل إلـــى الموطن الجديد للإعلان فيه. وإذا كان الموطن الجديد لا يدخل فى دائـــرة اختصاص المحضر المحلى وجب عليه إرسال الأوراق لقلم المحضريـــن المختص. وإذا لم يستطع المحضر الاستدلال على الموطن الجديد وجـــب إخبار طالب الإعلان للتحرى عنه. فإن لم يستدل طالب الإعلان على هذا الموطن رغم التحريات اللازمة لذلك. أعتبر موطن المعلـــن إليـــه غـــير معلوم وتسلم الصورة فى هذه الحالة للنيابة العامة(1). ويلاحظ أنه إذا كـان الإعلان أثناء خصومة قائمة، فالخصم يســـتطيع دائمـــا أن يعلـــن أوراق الخصومة فى الموطن المحدد عند بدء الخصومة ، ولو ألغى الخصم هـــذا الموطن ما جام لم يخبر خصمه بذلك، وتسلم الصورة عند الاقتضاء إلـــى جهة الإدارة طبقا لنص المادة ١١ من قانون المرافعات(٢).

وإذا انتقل المحضر إلى موطن المراد إعلانه ، فأما أن يجد المـــراد إعلانه شخصيا هنا ويسلم الصورة إليه ، وهنا يكون الإعــــلان قـــد تـــم لشخص المراد إعلانه. وإذا امتنع هذا الأخير عن تسلم الصورة أو التوقيع عليها وجب تسليمها إلى جهة الإدارة. وإذا لم يجد المحضـــــر الشـــخص المراد تسليم الصورة إليه، فإنه يقوم بتسليم الورقة إلى أحـــد الأشـــخاص الذين أجاز القانون تسليم الصورة لهم. هؤلاء الأشخاص ذكرتهم المـــــادة ٢/١٠ من قانون المرافعات بنصها على أن : " وإذا لم يجـــد المحضـــر الشخص المطلوب إعلانه فى موطنه كان عليه أن يسلم الورقة إلى مـــــن يقرر أنه وكيله أو أنه يعمل فى خدمته أو أنه من الســـاكنين معـــه مـــن الأزواج والأقارب والأصهار".

وتســـليم الصورة الإعلان إلى وكيل المطلوب إعلانه أو من يعمل

---

(١) إبراهيم سعيد، المرجع السابق ، ص ٧٠٦.

(٢) وعلى المحضر بيان كل ذلك فى محضره. وإذا ثبت أن طالب الإعلان كان يعلـم بالموطن الجديد- رغم عدم إخباره به- فإنه إعلانه خصمه فى الموطـــن القديـــم يكون باطلا ، إذ يعتبر سيئ النية ، فتحى والى، المرجع السابق، ص ٣٥١.

فى خدمته يكون جائزا وفقا للنص السابق. ولا يشترط فى أيهما أن يكون ساكنا مع المطلوب إعلانه فى موطنه، بل يكفى مجرد التواجد فى هذا المكان عند الإعلان.ولا يشترط أن تكون الوكالة متعلقة بموضوع الإعلان، فالوكالة أيا كان نوعها توجد صلة مباشرة بين الوكيل والمطلوب إعلانه مما يجعله حريصا على تسليم الصورة إليه(١). أما من يعمل فى خدمة المطلوب إعلانه فهو كل من يشتغل لديه بأجر، وكل من يمكن اعتباره تابعا للمطلوب إعلانه أيا كان نوع الخدمة التى يؤديها ، وسواء كان يعمل كل الوقت ساكنا مع المراد إعلانه، أم كان يعمل بعض الوقت يوميا أو على فترات متقطعة مع دامت له صفة الاستمرار فى الخدمة(٢).

وبالنسبة لجواز تسليم صورة الإعلان إلى البواب إذا كان المطلوب إعلانه هو المؤجر، فلا شك فى جواز ذلك وصحة الإعلان، لأن البواب يعمل دون شك فى خدمة المؤجر. ونضيف إلى ذلك أنه يقصد بالبواب، ذلك الذى يقوم بالعمل فى العقار المملوك للمؤجر والذى يعتبر موظفا أصليا لهذا الأخير.

وبالنسبة لجواز الإعلان إلى البواب حين يتعلق هذا الإعلان بالمستأجر، فصحة هذا الإعلان مرتبطة بمعرفة هل البواب يعتبر عاملا فى خدمة المستأجر أم لا. فإذا كان البواب قد اعتاد القيام بخدمات للمستأجر وتسلم أوراق واردة باسمه وكان المستأجر ينقده أجرا مقابل هذا، فإنه يعتبر خادما وتابعا له، وبالتالى يجوز تسليم الإعلان إليه(٣).وإذا لم يثبت ذلك فلا يجوز تسليم الإعلان إليه . والواقع أن مسألة الإثبات هذه إذا ثارت فإنها تثور فى وقت تالى على تمام الإعلان، فالمحضر يسلم الإعلان إلى من " يقرر" أنه يعمل فى خدمة المراد إعلانه(م ١٠/٢).

---

(١) فتحى والى، ص ٣٥٢.

(٢) إبراهيم سعد ، ص ٧٠١، فتحى والى، ص ٣٥٣.

(٣) فتحى والى، ص ٣٥٣ هامش ٢.

وعلى أى حال فأيا كانت صلة البواب بالمستأجر ، فإنه لا يمكن اعتباره ممن فى خدمته، إذا تعلق الأمر بإعلان بناء على طلب المؤجر. ولا حاجة لإبطال الإعلان فى هذا الحالة لإثبات تواطؤ البواب مع طالب الإعلان[1]. ومع ذلك فالقضاء فى فرنسا مستقر على جواز استلام البواب صورة الإعلان ولو كانت موجهة من المالك إلى المستأجر، وهذا فى رأينا هو الحل السليم[2].

وفيما يتعلق بالأزواج والقارب والأصهار فإنه تكفى صفة القرابة أو المصاهرة مهما بعدت. ويجب بالإضافة لهذه الصفة أن يكون الزوج أو القريب أو الصهر ساكنا مع المراد إعلانه، وفى هذا الصدد يكفى السكن ولو لفترة محددة وقت إجراء الإعلان، وأن يكون ظاهر الحال الذى يشاهده المحضر فى هذا الوقت دالا على ذلك[3]. وفى القانون الفرنسى يجيز المشرع تسليم الصورة إلى أى شخص يتواجد فى موطن المعلن إليه بشرط أن يستلم الصورة ويذكر للمحضر اسمه وصفته ومحل إقامته[4]. ويجوز للمحضر فى التشريع الفرنسى أيضا تسليم صورة الإعلان إلى جار المعلن إليه أن لم يجد أحد بموطن هذا الأخير .

وفيما عدا الأشخاص المذكورين فى المادة ٢/١٠ من قانون المرافعات فإنه لا يجوز تسليم صورة الإعلان لأى شخص ولو كان موجودا فى موطن المعلن إليه[5].

---

(١) فتحى والى، المرجع السابق.

(٢) إبراهيم سعد، ص ٧١٠ هامش ٢.

-وهذا الحل يجب الأخذ به نظرا لعموم نص المادة ٢/١٠ من قانون المرافعات. ونحن لا نرى حكمة من إجازة استلام البواب الإعلانات الموجهة من المستأجر إلى المالك وعدم إجازة ذلك بالنسبة لاستلام صور الإعلانات الموجهة من المالك إلى المستأجر .

(٣) نقض مدنى ١٩٦٨/٢/١ مجموعة النقض س ١٩ ص ١٩٥.

(٤) إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٧١١ هامش ٢، ٣.

(٥) فتحى والى، ص ٣٥٣.

ولا يشترط فيمن يتسلم الإعلان- ممن ذكروا فى المادة ٢/١٠- أن يكون كامل الأهلية، فاستلام الإعلان ليس تصرف قانوني، بل هو واقعة قانونية ، وبالتالى فيكفى أن يكون المستلم مميزا ومدركا أهمية الورقة.

ويقع الإعلان صحيحا سواء استلم المراد إعلانه الصورة أو لم يستلمها، فالمشرع يكتفى هنا بالعلم الحكمي، طالما تم الإعلان فى موطن المراد إعلانه.

وإذا لم يجد المحضر الشخص المراد إعلانه فى موطنه الأصلي، أو لم يجد أحد الأشخاص الذين يجوز تسليم الإعلان لهم، أو امتنع هؤلاء الأشخاص عن استلام الصورة، أو عن التوقيع بما يفيد استلامها، فهنا يجب على المحضر أن يبادر بتسليم الصورة إلى جهة الإدارة واتخاذ الإجراءات التى نصت عليها المادة ١١ من قانون المرافعات. ويعتبر الإعلان قد تم صحيحا من لحظة تسليمه إلى جهة الإدارة، سواء وصل إلى المراد إعلانه أو لم يصل.

تم تعديل المادة ١١ من قانون المرافعات بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ وأصبح نصها كالتالى:

" إذا لم يجد المحضر من يصح تسليم الورقة إليه طبقا للمادة السابقة أو امتنع من وجده من المذكورين فيها عن التوقيع على الأصل بالاستلام أو عن استلام الصورة، وجب عليه أن يسلمها فى اليوم ذاته إلى مأمور القسم أو المركز أو العمدة أو شيخ البلد الذى يقع موطن المعلن إليه فى دائرته حسب الأحوال وذلك بعد توقيعه على الأصل بالاستلام".

وعلى المحضر خلال أربع وعشرين ساعة أن يوجه إلى المعلن إليه فى موطنه الأصلى أو المختار كتابا مسجلا، مرفقا به صورة أخرى من الورقة، يخبره فيه أن الصورة سلمت إلى جهة الإدارة.

ويجب على المحضر أن يبين ذلك كله فى حينه فى أصل الإعلان وفى صورتيه، ويعتبر الإعلان منتجا لآثاره من وقت تسليم الصورةإلىمن

من سلمت إليه قانونا.

ويلاحظ أن هذا التعديل استوجب ضرورة توقيع المأمور ، العمدة، الشيخ على الأصل بالاستلام.

كذلك فى حالة تسليم الإعلان إلى جهة الإدارة ضرورة أن يوجه خلال ٢٤ ساعة إلى المعلن إليه فى موطنه الأصلى أو المختار كتابا مسجلا يخبره فيه أن الصورة قد سلمت إلى جهة الإدارة، وان يرفق بالكتاب المسجل المعلن إلى المعلن إليه صورة أخرى من الورقة المراد إعلانها. بحيث أن المراد إعلانه وقبل أن يقوم إلى جهة الإدارة يكون تحت يده صورة من الورقة التى تركت له فى جهة الإدارة، وقد يستغنى بها عن الذهاب إلى جهة الإدارة .

ويترتب على عدم إرسال الخطاب المسجل أو عدم إرفاق صورة من الورقة المراد إعلانها بطلان الإعلان.

ويتعين على المحضر أن يثبت فى أصل ورقة الإعلان ما يفيد إرسال الخطاب المسجل إلى المعلن إليه ، وهو يقوم بذلك عادة قبل إرسال هذا الخطاب بالفعل ، لأن الخطاب يرسل بعد تسليم الصورة إلى جهة الإدارة . لهذا نندهش من البعض الذى يرى إرفاق إيصال استلام الرسالة الصادرة من مكتب البريد مع الخطاب المسجل لأن إيصال الاستلام يصدر من مكتب البريد بعد استلامه للرسالة وقبضه رسوم التسجيل ، ولا يعاد فتح الرسالة مرة ثانية لوضع هذا الإيصال.

ويتعين على المحضر أن يثبت كل الخطوات السابقة فى أصل الإعلان وصورتيه فى حينه، أى فى ذات اللحظة التى تمت فيها الخطوة إلا كان الإعلان باطلا.

وينتج الإعلان أثره من وقت تسليم الصورة تسليما صحيحا إلى رجل الإدارة .

٢١١- ثالثا: إعلان الشخص الطبيعى بصحيفة الطعن بالاستئناف فى موطنه المختار.

تنص المادة ٢١٤ من قانون المرافعات على جواز إعلان الطعن بالاستئناف فى الموطن المختار، فما هو المقصود بذلك. وما هى حالات هذا الإعلان، نعالج ذلك فى فرضين، الأول يخص الإعلان فى الموطن المختار بصفة عامة، والثانى هو الإعلان فى الموطن المختار إذا كان المطعون ضده هو المدعى الذى لم يكن قد بين فى صحيفة افتتاح الدعوى موطنه الأصلى، نعالج كل ذلك بالتفصيل.

١-إعلان المطعون ضده بالاستئناف فى الموطن المختار المبين فى ورقة إعلان الحكم .

الموطن المختار هو الذى يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانونى معين، والأصل أن يتم اتخاذ موطن مختار بإرادة الشخص لتنفيذ عمل قانونى معين، ومع ذلك فإن القانون قد يجعل منه أمرا وجوبيا، مثال ذلك المادة ٢/٧٤ من قانون المرافعات التى توجب على الخصم الذى لا يكون له وكيل بالبلد الذى به مقر المحكمة بأن يتخذ له موطنا منه.

ويترك القانون لذوى الشأن حرية الاختيار فى هذه الحالة بمنطقة المحكمة. وقد نص القانون على ضرورة إثبات وجود الاتفاق على الموطن المختار بالكتابة(م ٣/٤٣ مدنى). فالكتابة لازمة للإثبات فى هذه الحالة بصرف النظر عن قيمة العمل القانونى الذى اختير الموطن لتنفيذه. وإذا ما اتفق على موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين، فإنه يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل. ومع ذلك فيجوز الاتفاق على قصر الموطن المختار على بعض هذه الأعمال دون البعض الآخر. وإذا لم يكن هناك اتفاق خاص، فإن الموطن المختار يستمر إلى حين تنفيذ العمل . والموطن المختار لا ينتهى بموت أحد الخصوم ولكنه يستمر بالنسبة للورثة ، ما لم يمتنع هؤلاء عن اتخاذه كموطن مختار لهم.

ولا يجوز تغيير الموطن المختار دون اتفاق ذوى الشأن، اللهم إلا إذا كان تعيين هذا الموطن قد تم لصالح أحد الطرفين، حيث تكفى إرادة هذا الشخص وحده لتغيره، على أن يخطر ذو الشأن بذلك(١).

وتنص المادة ١/٧٤ من قانون المرافعات على أنه بمجرد صدور التوكيل من أحد الخصوم يكون موطن وكيله معتبرا فى إعلان الأوراق اللازمة لسير الدعوى فى درجة التقاضى الموكل هو فيها. وإذا أوجب القانون على الخصم تعيين موطن مختار فلم يفعل أو كان بيانه ناقصا أو غير صحيح جاز إعلانه فى قلم الكتاب بجميع الأوراق التى كان يصح إعلانه بها فى الموطن المختار وعلى ذلك لا يترتب على إغفال تعيين الموطن المختار أى بطلان.

وإذا ألغى الخصم موطنه الأصلى أو المختار دون إخبار خصمه بذلك، صح إعلانه فيه، وتسلم الصورة عند الاقتضاء إلى جهة الإدارة طبقا لنص المادة ١١ من قانون المرافعات.

وفيما يتعلق بالطعن بالاستئناف فإن إعلان صحيفة الطعن يجوز أن يتم فى الموطن المختار الذى يكون المطعون ضده قد اتخذه وحدده فى ورقة إعلان الحكم على الطاعن. ويشترط لذلك أن يتم اتخاذ الموطن المختار قبل قيام الطاعن بإعلان الطعن لشخص المطعون عليه أو فى موطنه الأصلى. ومع ذلك فقد حكم بأنه إذا قام الطاعن بإعلان المطعون ضده فى مكتب المحامى الذى يمثله أمام محكمة الاستئناف قبل أن يعلنه المطعون ضده بالحكم المطعون فيه، فإن هذا الإعلان يقع باطلا. هذا البطلان يصححه قيام المطعون ضده بعد ذلك بإعلان الحكم إلى الطاعن واتخاذه فى ورقة إعلان الحكم مكتب هذا المحامى موطنا مختار له(٢).

---

(١) توفيق فرج، المدخل للعلوم القانونية ١٩٧٦ ص ٦٢٤.

(٢) نقض مدنى ١٩٥٥/٦/٢٣ مجموعة النقض س ٦ ص ١٢٩٧.

ويلاحظ أن الإعلان فى الموطن المختار المنصوص عليه فى المادة ١/٢١٤ هو أمر جوازى، للطاعن أن يلجأ إليه ، أو لا يلجأ إليه، ويعلن المطعون ضده فى موطنه الأصلى أو لشخصه[١]. ومن الطبيعى أنه إذا م يؤكد المطعون ضده فى ورقة إعلان الحكم الابتدائى أى موطن مختار، فإن الطاعن عليه أن يعلنه بالطعن فى موطنه الأصلى أو لشخصه. كما يلاحظ من ناحية أخرى أن سريان ميعاد الطعن يبدأ كقاعدة عامة وكما سبق لنا ذكره من تاريخ صدور الحكم المطعون فيه، وبالتالى فإن إعلان الحكم غير لازم كقاعدة أيضا لبداية ميعاد الطعن.

بل أنه فى الأحوال التى يبدأ فيها ميعاد الطعن من تاريخ الإعلان فليس هناك ما يلزم المحكوم له، عند إعلانه الحكم إلى المحكوم ضده، ببيان موطنه المختار.

ولا يمنع من جواز الإعلان فى الموطن المختار علم الطاعن بالموطن الأصلى لخصمه[٢]. كذا لا يمنع من جواز إعلان الطعن فى الموطن المختار بيان موطن المطعون ضده الأصلى فى ورقة إعلان الحكم[٣]. كذا لا يمنع من جواز الإعلان فى الموطن المختار (مكتب محام) أن يكون المحامى الذى اتخذ المطعون ضده مكتبه محلا مختار فى ورقة إعلان الحكم قد انتهت وكالته، إذ أن ذكر الموطن المختار فى مكتب المحامى يعتبر وكالة ضمنية، وبالتالى موطنا مختارا للمطعون ضده[٤].

ولا يشترط لصحة الإعلان فى مكتب محام أن يكون هذا الأخير ذا صفة تخوله الحضور عن المطعون ضده عند نظر الطعن[٥]. وكل ما يشترك لصحة إعلان الطعن فى الموطن المختار أن يثبت أن المطعون

---

(١) نقض مدنى ١٩٥٣/٤/٢٣ مجموعة النقض س ٤ ص ٩٣٩.
(٢) نقض مدنى ١٩٥٦/٣/٢٢ مجموعة النقض س ٧ ص ٣٧٦.
(٣) نقض مدنى ١٩٥٤/١١/١١ مجموعة النقض س ٦ ص ١٠٧.
(٤) نقض مدنى ١٩٥٤/٦/١٠ مجموعة النقض س ٥ ص ٩٤٢.
(٥) نقض مدنى ١٩٥٥/٦/٢٣ مجموعة النقض س ٦ ص ١٢٩٧.

عليه قد اختار هذا الموطن فى ورقة إعلان الحكم [1]. فإذا لم يثبت ذلك كان الإعلان باطلا.

وقد سبق لنا القول أنه يجب اتخاذ الموطن المختار فى ذات ورقة إعلان الحكم وذلك قبل إعلان الطاعن لطعنه حتى يجوز الإعلان صحيحا فى الموطن المختار.

وذكرنا أن مخالفة ذلك يرتب بطلان الإعلان. كما ذكرنا أيضا أن هذا الإعلان يصححه قيام المطعون ضده بعد ذلك بإعلان الحكم إلى الطاعن واتخاذه ذات المكان الذى تم فيه إعلان الطعن موطنا مختارا له. وذكرنا من قبل أن هذا الحل عملى ويخفف إلى حد بعيد من مساوئ البطلان[2].

وكان يمكن التوسع فى القياس الذى يستند إلى تحقيق الغاية من الإجراء، سحب حكم هذه الحالة على حالة الاستئناف المقابل الذى يرفع من المطعون ضده، ضد الطاعن الأصلى الذى أعلن استئنافه الأصلى فى موطن مختار لم يذكر فى ورقة إعلان الحكم، ورغم ذلك ذكر فى إعلان صحيفة الاستئناف المقابل الذى رفعه المطعون ضده فى الاستئناف الأصلى. ومع ذلك ورغم وحدة الاعتبارات، قضت محكمة النقض ببطلان هذا الإعلان، وقال فى ذلك:

" يشترط لإعلان الطعن فى المحل المختار أن يكون الخصم قد اتخذ هذا المحل فى ورقة إعلان الحكم، لما فى تعيين هذا المحل من قيام قرينة قانونية على قبوله إعلانه بالطعن فيه ولو لم يصرح بذلك، ولما كان الثابت فى الدعوى أن المطعون عليهم لم يعلنوا الشركة الطاعنة بالحكم المستأنف ، وبالتالى لم يفصحوا عن رغبتهم فى اتخاذ محل مختار لهم، وكان الشركة الطاعنة قد أعلنتهم مع ذلك بصحيفة استئنافها فى مكتب

(١) نقض مدنى ١٩٥٣/٤/٢٣ مجموعة النقض س ٤ص ٩٣٥.

(٢) نقض مدنى ١٩٥٥/٦/٢٣ مجموعة النقض س ٦ ص ١٢٩٧ .

المحامى الذى يمثلهم أمام محكمة أول درجة ، فإن هذا الإعلان يكون قد وقع باطلا، ولا يغير من ذلك أن يكون المطعون عليهم قد أعلنوا الطاعنة باستئناف مقابل بعد أن رفعت استئنافها متخذين مكتب هذا المحامى محلا مختارا لهم، ذلك أن اتخاذهم المحل المختار فى هذه الحالة لا يتحقق به ما اشترطه الشارع لصحة إعلان الطعن من وجوب اتخاذ المحل فى ورقة إعلان الحكم، ولا يعتبر قرينة قانونية على قبول الإعلان فيه، وإنما يدل فقط على رغبة المطعون عليهم فى إعلانهم بالأوراق القضائية المتعلقة باستئنافهم المقابل فى المحل المذكور[1].

والموطن المختار المبين فى ورقة إعلان الحكم الابتدائى هو الذى يعتد به عند إعلان الطعن بالاستئناف[2].

الإعلان إذا فى الموطن المختار مشروط ببيان هذا الموطن فى ورقة إعلان الحكم الابتدائى وذلك قبل إعلان صحيفة الطعن، مخالفة ذلك ترتب البطلان .

٢-إعلان المطعون ضده بالاستئناف فى الموطن المختار المبين فى صحيفة الدعوى التى صدر فيها الحكم المطعون فيه، وذلك إذا كان المطعون ضده هو المدعى، الذى لم يبين موطنا أصليا له فى هذه

(١) نقض مدنى ١٩٧٠/٥/٢٨ مجموعة النقض س ٢١ ص ٩٤١.

(٢) نقض مدنى ١٩٧٠/٢/١٠ مجموعة النقض س ٢١ ص ٢٦٢.

-نقض مدنى ١٩٧٠/١٢/٢٢ مجموعة النقض س ٢١ ص ١٢٧٢.

-ويعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا بالنسبة لهذه الأعمال.

- ويصبح الإعلان فى موطن الأعمال ما دام النشاط التجارى أو المهنى قائما، ولو غادر المعلن إليه البلاد.

-ويعتبر النائب عن القاصر والمفقود والمحجوز عليه ذا صفة فى تسلم الإعلان فى موطنه هو .

الصحيفة، والذى لم يذكر موطنا مختارا له فى ورقة إعلان الحكم ، أو الذى لم يعلن هذا الحكم على الإطلاق:

تنص المادة ٢/٢١٤ من قانون المرافعات على أنه: " وإذا كان المطعون ضده هو المدعى، ولم يكن قد بين فى صحيفة افتتاح الدعوى موطنه الأصلى، جاز إعلانه بالطعن فى موطنه المختار المبين فى هذه الصحيفة".

وعلى ذلك فإذا كان المطعون ضده هو من بدا الخصومة، وشغل بالتالى مركز المدعى ، وصدر الحكم لصالحه، كليا أو جزئيا، ولم يكن هذا المحكوم له (المدعى) قد بين فى صحيفة دعواه موطنه الأصلى، وإنما اقتصر على بيان موطنا مختارا فيها، فإنه يجوز للطاعن إعلانه بالطعن فى هذا الموطن المختار. والحكمة فى ذلك ترجع إلى أن تكليف الطاعن فى هذا الحالة بالبحث عن الموطن الأصلى للمحكوم له (المطعون ضده) قد يضيع عليه ميعاد الطعن، ونفس الحل يؤخذ به إذا لم يكن المطعون ضده قد بين عليه ميعاد الطعن، ونفس الحل يؤخذ به إذا لم يكن المطعون ضده قد بين موطنا مختارا فى صحيفة الدعوى،ولكنه كان قد وكل عنه محاميا،إذ يعتبر مكتبه موطنا مختارا فى هذه الحالة(م٧٤/١)[١]. وحكم بأنه إذا تعدد المطعون ضدهم ، وجب إعلانهم بصور متعددة بقدر تعددهم ولو تم إعلانهم فى محل مختار واحد. على أنه إذا كان هذا المحل مكتب محام موكل عنهم جميعا، فإنه يجوز إعلانهم بصورة واحدة من صحيفة الطعن[٢].

ويلاحظ أنه إذا قام المطعون ضده ببيان موطنه الأصلى أو المختار فى ورقة إعلان الحكم فإن نص المادة ١/٢١٤ هو الذى يسرى فى هذه الحالة.

---

(١) فتحى والى ، ص ٥٨٢.

(٢) نقض مدنى ١٩٦٣/٥/٢٩ مجموعة النقض س ١٤ ص ٧٥٠.

والواقع أنه بما أن المدعى ملزماً عملاً بالمادتين ٩و ٦٣ من قانون المرافعات ببيان موطنه الأصلى فى صحيفة افتتاح الدعوى، فإن القانون الجديد جزاء له على إغفاله القيام بذلك، أجاز إعلانه بالطعن فى موطنه المختار الذى يجب عليه بيانه فى صحيفة افتتاح الدعوى طبقاً للمواد السابقة(٩و٣٦) وإذا لم يقم المدعى ببيان موطنه المختار. أو كان بيانه ناقصا أو غير صحيح، جاز إعلانه فى قلم الكتاب بجميع الأوراق التى يصبح إعلانه بها فى الموطن المختار(م ١٢ مرافعات).

كما تنص المادة ٢/١٢ من قانون المرافعات على أنه إذا ألغى الخصم موطنه الأصلى أو المختار ولم يخبر خصمه بذلك صح إعلانه فيه، وتسلم الصورة عند الاقتضاء إلى جهة الإدارة.

ومع ذلك فهناك فرض شديد التعقيد يرتكز على المادة ٢/٢١٤ مرافعات.

خلاصة هذا الفرض تكمن فى البحث عن حل مشكلة ما إذا كان المدعى لم يبين فى صحيفة الدعوى موطناً أصلياً، ولم يبين موطناً مختاراً، ولم يكن القانون يلزمه ببيان أى موطن مختار، ولم يعلن الحكم إلى الطاعن، فهو كقاعدة عامة غير ملزم بذلك، كيف يقوم الطاعن عندئذ بإعلانه بصحيفة الطعن؟ فى هذه الحالة لا مفر من أعمال المادة ١٠/١٣ من قانون المرافعات التى تنص على أنه : " إذا كان موطن المعلن إليه غير معلوم وجب أن تشتمل الورقة على آخر موطن معلوم له فى الجمهورية أو فى الخارج وتسلم صورتها للنيابة".

ويعتبر البعض هذا الفرض من قبيل القوة القاهرة، ولكن هذه القوة القاهرة لا تبيح للطاعن عدم اتخاذ الإجراءات فى مواعيدها المحددة، وإنما تجيز له استثناء تسليم الإعلانات للنيابة العامة على النحو سالف الذكر(١).

---

(١) أبو الوفا، التعليق ج ١ ص ٦٦٦ ، ويلاحظ أن إدارة قضايا الحكومة هى النائبة عن الحكومة والمصالح العامة والمجالس المحلية والهيئات العامة،أما المؤسسات=

٢١٢- رابعاً : إعلان صحيفة الطعن إلى الأشخاص الاعتبارية:

يتم الإعلان فيما يتعلق بالدولة إلى إدارة قضايا الحكومة أو فروعها بالأقاليم حسب الاختصاص المحلى لكل منها(م ١/١٣).

وفيما يتعلق بالأشخاص العامة، تسلم صورة صحيفة الطعن إلى إدارة قضايا الحكومة أو فروعها بالأقاليم حسب الاختصاص المحلى لكل منها (م ٢/١٣).

وفيما يتعلق بالشركات التجارية تسلم صورة الطعن فى مركز إدارة الشركة لأحد الشركاء المتضامنين، أو لرئيس مجلس الإدارة أو للمديو أو لمن يقوم مقامهم فإن لم يكن للشركة مركز تسلم لواحد من هؤلاء أو فى موطنه.

وفيما يتعلق بالشركات المدنية والجمعيات والمؤسسات الخاصة وسائر الأشخاص الاعتبارية يسلم بمركز إدارتها للنائب عنها بمقتضى عقد إنشائها أو نظامها أو لمن يقوم مقامه، فإذا لم يكن لها مركز سلمت الصورة للنائب عنها بشخصه أو فى موطنه(١).

وفيما يتعلق بالشركات الأجنبية التى لها فروع أ وكيل فى الجمهورية يسلم الإعلان إلى هذا الفرع أو الوكيل .

٢١٣- وفيما يتعلق بأفراد القوات المسلحة ومن فى حكمهم يسلم بواسطة النيابة العامة إلى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة ويعتبر الإعلان قد تم من لحظة تسليمه إلى هذه الإدارة.

ويسلم إعلان صورة الطعن فيما يتعلق بالمسجونين إلى مأمور

=العامة فلا تسرى عليها حكم المادة ١٣ إذ الغرض الأساسى لها هو ممارسة نشاط تجارى أو صناعى أو زراعى أو مالى، ويكون إعلانها فى مقرها، نقض مدنى ١٩٧٢/٤/٢٧ مجموعة النقض س ٢٣ ص ٧٧٤.

(١) ولا تنوب إدارة قضايا الحكومة عن شركات القطاع العام وبالتالى تبطل الإعلانات الموقعة فقط من محام الحكومة: نقض١٩٧٥/٤/٣٠ط.رقم ٤٥٠س٤١.

السجن ويعتبر الإعلان قد تم من لحظة تسلم المأمور لهذا الإعلان.

وفيما يتعلق ببحارة السفن التجارية أو العاملين فيها يسلم للربان.

٢١٤- وفيما يتعلق بالأشخاص الذين لهم موطن معلوم فى الخارج يسلم الإعلان للنيابة العامة وعلى النيابة الرسالة لوزارة الخارجية لتوصله بالطرق الدبلوماسية ، ويجوز أيضاً فى هذه الحالة وبشرط المعاملة بالمثل تسليم الصورة مباشرة لمقر البعثة الدبلوماسية للدولة التى يقع بها موطن المراد إعلانه كى تتولى توصيلها إليه .

وتنص المادة ١٠/١٣ على أنه إذا كان موطن المعلن إليه غير معلوم وجب أن تشتمل الورقة على آخر موطن معلوم له فى الجمهورية أو فى الخارج وتسلم صورتها للنيابة.

ومن أحكام القضاء فى هذا الصدد أنه لا يعتد بالخطأ فى اسم ممثلى الشخص الاعتبارى فى ورقة الإعلان ما دام قد تحدد الشخص الاعتبارى ذاته[١].

وأنه يجوز تسليم صورة الإعلان لإحدى مأموريات قضايا الحكومة بالأقاليم إذا دخل هذا الإعلان فى اختصاصها، أو لإدارة قضايا الحكومة بالقاهرة[٢].

وأن المحضر المكلف بالإعلان فى قلم قضايا الحكومة غير مكلف بالتحقق من صفة من يتقدم إليه لاستلام صورة الإعلان إذا ذكر له هذا أنه يعمل محامياً بإدارة قضايا الحكومة واستلم الصورة فى مقر الإدارة[٣].

وقضى بأنه لا يعتد بتسليم صحف الطعون الموجهة لأشخاص القانون العام ولا يترتب عليه أثره ما دام لم يتم طبقاً لما تقضى به المادة

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٠/١٢/١٠ مجموعة النقض س ٢١ ص ١٢١٦.

(٢) نقض مدنى ١٩٥٨/٣/١٣ مجموعة النقض س ٩ ص ١٨٢.

(٣) نقض مدنى ١٩٦٦/٢/١٧ مجموعة النقض س ١٧ ص ٣١٨.

٤/١٣ من قانون المرافعات[1].

٢١٥- زمان الإعلان: الوقت الذى يجب أن يتم فيه الإعلان:

تنص المادة ٥ من قانون المرافعات على أنه :" إذا نص القانون على ميعاد حتمي لاتخاذ إجراء يحصل بالإعلان فلا يعتبر الميعاد مرعياً إلا إذا تم إعلان الخصم خلاله".

وبما أن المادة ٢٤٠ من قانون المرافعات تنص على سريان القواعد المقررة أمام محكمة أول درجة على خصومة الاستئناف.

وأعمالاً لنص المادة ٧٠ المعدلة بالقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٧٦ من قانون المرافعات فإنه يجوز، بناء على طلب المدعى عليه، اعتبار الدعوى كان لم تكن إذا لم يتم تكليف المدعى عليه بالحضور فى خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب، وكان ذلك راجعاً إلى فعل المدعى .

وعلى ذلك فإذا تحقق موجب المادة ٧٠ من قانون المرافعات، وذلك أمام محكمة الاستئناف ، بمعنى أن الاستئناف يعتبر كأن لم يكن إذا لم يتم تكليف المستأنف عليه بالحضور فى خلال ثلاثة اشهر من تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب.

فيجب إذا وفقا للمادة ٥ و ٧٠ من قانون المرافعات أن يتم إعلان الطعن خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إيداع صحيفته إلى قلم الكتاب، وإلا جاز الحكم باعتبار الطعن كأن لم يكن بناء على طلب المستأنف عليه،إذا كان عدم الإعلان راجعاً إلى فعل المدعى،وعلى المدعى عليه إثبات ذلك.

وميعاد الثلاثة شهور يبدأ من تاريخ تقديم الصحيفة إلى قلم كتاب محكمة الاستئناف وليس من تاريخ تقديمها إلى قلم المحضرين لإعلانها[2]

---

(١) نقض مدني ١٩٧٢/٣/٢٨ مجموعة النقض س ٢٣ ص ٥٤٢.

(٢) أبو الوفان التعليق ج ١ ص ٣٨١.

فالمدعى غير مكلف بتسليم أوراق الإعلان إلى قلم المحضرين، حتى مع وجود نص المادة ٣/٦٧ فهذا النص يجيز ولا يوجب على المدعى القيام بإجراء ما.

ورغم ذلك فعلى المدعى تتبع مصير إعلانه وعليه اتخاذ ما يلزم لإتمامه، ويضاف إلى ميعاد الشهور الثلاثة ميعاد مسافة يحسب على أساس المسافة بين مقر المحكمة وموطن المراد إعلانه.

وحتى ينتج الإجراء- الطعن- آثاره ، وحتى يحتفظ بما أنتجه من آثار، يتعين أن يتم إعلان المستأنف عليه إعلانا صحيحا فى الميعاد، أى يصله الإعلان فى شكل صحيح قبل انقضاء اليوم الأخير من الميعاد(١).

أما ما تنص عليه المادة ٦٨ من قانون المرافعات من وجوب إعلان صحيفة الدعوى خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه إلا إذا كان قد حدد لنظر الدعوى جلسة تقع فى أثناء هذا الميعاد فعندئذ يجب أن يتم الإعلان قبل الجلسة، وذلك كله مع مراعاة ميعاد الحضور. هذا النص يعمل به أيضا أمام محكمة الاستئناف أعملا لنص الإحالة العام الوارد فى المادة ٢٤٠ من ذات القانون. وحسب نص المادة ٦٩ من قانون المرافعات فإنه لا يترتب على عدم احترام هذا الميعاد أى بطلان.

فالاستئناف إذا يجب أن يتم رفعه فى خلال الميعاد المنصوص عليه فى المادة ٢٢٧ من قانون المرافعات. ويجب أن يتم إعلانه صحيحا فى خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إيداع صحيفته قلم الكتاب، عدم مراعاة ميعاد رفع الاستئناف يترتب ويولد سقوط الحق فى الطعن، بقوة القانون ومن النظام العام.

وعدم مراعاة ميعاد الثلاثة أشهر المنصوص عليه فى المادة ٧٠ يرتب إمكانية طلب اعتبار الاستئناف كأن لم يكن بناء على طلب

---

(١) كمال عبد العزيز، ص ٤٦١.

- المادة ٧ معدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩.

المستأنف عليه، إذا كان عدم تمام الإعلان راجعاً إلى فعل المستأنف.

وبالإضافة إلى ذلك يتعين مراعاة المادة السابعة من قانون المرافعات عند إجراء الإعلان. هذه المادة تنص على أنه:" لا يجوز إجراء أى إعلان أو تنفيذ قبل الساعة السابعة صباحاً ولا بعد الثامنة مساء ولا فى أيام العطلة الرسمية، إلا فى حالات الضرورة وبإذن كتابى من قاضى الأمور الوقتية.

٢١٦- تحديد اللحظة التى يعتبر الإعلان فيها قد تم:

إذا رفع الطعن فى خلال الميعاد المنصوص عليه فى المادة ٢٢٧ من قانون المرافعات، فإنه يجب أن يتم إعلانه فى خلال الميعاد المنصوص عليه فى المادة ٧٠ من قانون المرافعات. وتمام هذا الإعلان يجب أن يتم فى الزمان المحدد فى المادة السابعة من قانون المرافعات، وبواسطة الأشخاص المشار إليهم فى المادة السادسة من هذا القانون.

ولحظة تمام الإعلان تختلف باختلاف الشخص الذى يسلم إليه الإعلان، وقد سبق تحديد ذلك بالنسبة للإعلان الذى يتم لشخص المراد إعلانه، وبالنسبة للإعلان فى الموطن الأصلى، والإعلان فى الموطن المختار، وكذلك بالنسبة لإعلان الأشخاص الاعتبارية.

وقلنا أن الإعلان يعتبر قد تم وينتج أثاره، ويحتفظ بما سبق أن ولده من آثاره إذا تم تسليمه فى الشكل القانونى لمن له صفة حسب النصوص السابق الإشارة إليها فى استلامه. ونزيد على ذلك ملحوظة خاصة بالنسبة لمن يقيم بالخارج:

١- بالنسبة للأشخاص الذين ليس لهم موطن معلوم، يكون إعلانهم بالطعن بتسليم صورة صحيفة الطعن إلى النيابة العامة، وذلك فى كافة الأحوال، أى سواء لم يكن لهم موطن معلوم فى مصر أو فى الخارج. وفى هذه الحالة يتعين أن تشتمل الورقة على آخر موطن معلوم لهم فى مصر أو فى الخارج.

ولا يعد الإعلان صحيحاً إلا إذا ثبت للمحكمة أن المعلن قد استنفذ جهده، بعمل التحريات اللازمة فى السعى لمعرفة موطن المراد إعلانه(١).

ويخضع تقدير كفاية التحريات لمطلق سلطان المحكمة، ويتم الإعلان بتمام تسليم الصورة للنيابة العامة. ويلاحظ أن المشرع لم يخصص نيابة معينة لتسلم صورة الإعلان. وبناء عليه فإن عدم توجيه الإعلان للنيابة التى يقع فى بدائرتها آخر موطن للمعلن إليه لا يترتب عليه البطلان(٢).

٢- أما بالنسبة لمن ليس لهم موطن فى الجمهورية ولهم موطن فى الخارج، فى مثل هذه الحالة سبق القول أن صورة الإعلان تسلم للنيابة، وسبق شرح الإجراءات التالية لذلك. والنيابة هنا يقتصر دورها على تسليم الورقة إلى وزارة الخارجية أو البعثة الدبلوماسية فى مصر، للدولة التى يجب إجراء الإعلان فيها. فالنيابة هنا تحل محل المحضر. ويعتبر الإعلان قد تم فى هذه الحالة من لحظة تسلم المراد إعلانه بالفعل للصورة وليس من لحظة تسليمها إلى النيابة أو إلى البعثة الدبلوماسية. ويضاف ميعاد مسافة على الميعاد المقرر لطالب الإعلان لإتمام الإعلان فى خلاله(م ٧٠ مرافعات)، حتى لا يضار من وجود موطن خصمه بالخارج(٣). والواقع أن فى الأخذ بهذا الرأى ما يؤدى إلى الحفاظ على مصالح المراد إعلانه الذى له موطن معلوم فى الخارج. فهولا ينسب إليه أى خطأ فى إقامته فى الخارج ، وطالب الإعلان يستطيع دائما أن يحث الجهات الرسمية بالوسائل الإدارية على القيام بواجبها فى تمام الإعلان.

ومن جهة أخرى فالأصل ألا يتم الإعلان إلا بتسليم صورة الورقة المعلنة للمعلن إليه ، اللهم إلا إذا نص القانون على غير ذلك، أخذا بالعلم

---

(١) أبو الوفا، المرافعات، ص ٤٢٥.

(٢) نقض مدنى ١٩٦٢/٦/١٤ مجموعة س ١٣ ص ٨٠١.

- نقض مدنى ١٩٧٦/١١/١٦ الطعن رقم ١٤السنة ٤٣.

(٣) أبو اوفا، المرافعات ، ص ٤٢٦ ، إبراهيم سعد، ص ٧٢٠.

الحكمي، ومجرد تسليم الورقة إلى النيابة العامة لا يفيد هذا العلم الحكمي. وأيضاً فلا يمكن قياس هذه الحالة على حالة الشخص الذى ليس له موطن معلوم، ففى هذه الحالة الأخيرة فإن تمام الإعلان لا يتوقف على وصول الورقة إلى المعلن إليه لاستحالة ذلك بسبب الجهل بموطنه[1].

وبناء على كل ذلك ، فبالنسبة لمن ليس له موطن فى مصر، وله موطن معلوم فى الخارج، فإن الإعلان يتم من تاريخ تسليم الصورة إلى المعلن إليه ، أو من تاريخ امتناعه عن استلام هذه الصورة.

وتنص المادة ٩/١٣ من قانون المرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ . على أنه بالنسبة للمراد إعلانه الذى له موطن معلوم بالخارج يتم تسليم الإعلان إلى النيابة العامة التى تتولى إعلانه بالطرق الدبلوماسية.

ويجب على المحضر خلال ٢٤ ساعة من تسليم الصورة إلى النيابة العامة المختصة ، أن يوجه إلى المعلن إليه في موطنه المبين بالورقة وعلى نفقة الطالب كتاباً موصى عليه بعلم الوصول يرفق به صورة اخرى، ويخبره فيه أن الصورة المعلنة سلمت للنيابة العامة. ويعتبر الإعلان منتجاً لأثاره من وقت تسليم الصورة للنيابة العامة، ما لم يكن مما يبدأ منه ميعاد فى حق المعلن إليه فى الخارج، أو توقيعه على إيصال علم الوصول أو امتناعه عن استلام الصورة،أو التوقيع على أصلها بالاستلام.

وإذا ما تم لنا استعراض حالات إعلان صورة صحيفة الطعن بالاستئناف إلى المطعون ضده، فإننا ننتقل الآن لدراسة الجزاء على مخالفة هذه الشكليات وكيفية التمسك به.

٢١٧- الجزاء على مخالفة إجراءات إعلان صحيفة الطعن بالاستئناف وكيفية التمسك به والآثار المتولدة من أعمال هذا الجزاء.

---

(١) إبراهيم سعد، ص ٧٢٢-٧٢٣.

ومن البديهى أن مخالفة المادة السابعة من قانون المرافعات التى تحدد الأوقات التى يجوز فيها إجراء الإعلان يرتب بطلان العمل الذى خولفت بصدده مقتضيات هذه المادة، والبطلان هنا نسبى،لا يتمسك به إلا من شرع الشكل لحمايته. وإذا كانت المادة الخامسة من قانون المرافعات تنص على ضرورة حصول وتمام الإجراء فى ميعاده الحتمى، فإن المادة ٧٠ من قانون المرافعات رتبت جزاء قاسياً على عدم تمام إعلان صحيفة الطعن بالاستئناف فى خلال ميعاد الثلاثة أشهر. فصورة صحيفة الطعن بالاستئناف لابد أن يتم إعلانها فى خلال شهور ثلاثة من تاريخ تقديمها إلى قلم الكتاب، وإلا جاز اعتبارها كأن لم تكن. والحكمة من ذلك هى عدم تأييد قيام الآثار المتولدة من مجرد رفع الطعن، فالطعن يرفع بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة المختصة. مجرد رفع الطعن يولد مجموعة آثار، كقطع التقادم ، وسريان الفوائد، واستحقاق الثمار وخلافه، هذه الآثار لكى تستمر لابد من إثبات جدية المدعى فى دعواه. هذا الإثبات يكون بتمام إعلان الصحيفة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الطعن، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فرفع الطعن هو عمل إرادى يتم بالإرادة المنفردة للطاعن، وهو أن كان يؤدى إلى اعتبار الطعن قائماً إلا أنه لا يولد خصومة، فالخصومة تتولد بإعلان الخصم الآخر وإفساح المجال له للاشتباك فيها، وليس هناك خصومات ذات مراكز إجرائية من طرف واحد وإن صح التعبير.

وعلى ذلك فنص المدة ٧٠ من قانون المرافعات واضح الدلالة على اعتبار الطعن كأن لم يكن، إذا تحقق موجب هذه المادة.

وبناء على ذلك، فإذا لم يتم إعلان صحيفة الطعن بالاستئناف إلى المطعون ضده خلال ثلاثة اشهر من تاريخ تقديمها إلى قلم الكتاب، وبعد إضافة ميعاد مسافة إلى هذا الميعاد، وكان عدم الإعلان وتكليف المستأنف عليه بالحضور، راجعاً إلى فعل المستأنف، جاز لمحكمة الاستئناف، بناء على طلب المطعون ضده، اعتبار الاستئناف كأن لم يكن.

فلابد أن يكون عدم الإعلان راجعا إلى فعل المدعى، وهذا الفعل قد يكون باتخاذ موقف إيجابى، أو موقف سلبى، مثال ذلك إهمال المستأنف فى تحديد بيانات صحيفة الطعن مما يترتب عليه عدم إمكان إجراء الإعلان، أو إذا اختصر اسم خصمه أو عنوانه فترتب على ذلك عدم إمكان إتمام الإعلان.

ونص المادة ٧٠من قانون المرافعات لا يشترط سوء نية المدعى، بل يكتفى بأن يكون عدم إتمام الإعلان راجعا فقط إلى فعله(١).

كذلك يكون عدم إتمام الإعلان راجعا إلى فعل المدعى إذا اتخذ موقفا سلبيا بامتناعه عن تقديم البيانات الواجب عليه هو تقديمها مما يؤدى إلى عدم تمام الإعلان. مثال ذلك عدم ذكر موطن صحيح للمستأنف عليه. وكذلك إهماله فى تتبع الإجراءات وعدم تزويد أوراقها بكافة البيانات التى قد تلزم للإعلان أو لإعادته(٢). وعلى ذلك ، فإذا كان عدم إجراء الإعلان فى الميعاد المتقدم(م ٧٠) راجعا إلى قوة قاهرة، أو لفعل المدعى عليه، فهنا يتعطل أعمال المادة ٧٠.

وإذا كان الهدف المباشر للمادة ٧٠ من قانون المرافعات هو ألا تترك الدعوى قائمة منتجة لآثارها فى حق المدعى عليه مدة طويلة، وحتى يقوم التوازن بين مصلحة المدعى ومصلحة المدعى عليه. وبما أنه يجب على المدعى أن يباشر دعواه بالهمة اللازمة، وأن فى استطاعته تجنب جزاءات قانون المرافعات بمتابعة الإجراءات لحث المحضر على القيام بالإعلان، وبما أن المدعى عليه لا علم له بالأمر، فقد ذهب البعض بحق إلى لقول بأن تراخى قلم المحضرين مما يترتب عليه عدم إجراء الإعلان فى الميعاد المقدر، أو إهمال قلم الكتاب فى تسليم اصل الصحيفة أو صورها إلى قلم المحضرين لإعلانها، كل هذا يمكن أن يسند إلى فعل

---

(١) أبو الوفا، الدفوع، ص ٤٦٤.

(٢) أبو الوفا، الدفوع، ص ٦٤٦ .

المدعى فى مفهوم المادة ٧٠ من قانون المرافعات[1].

وفى هذا المعنى يقول فقه قوى فى مصر[2]، أن ما تقـرره المـادة ٦٧ من قانون المرافعات من واجب على قلم الكتاب لا يخل بأى حال من الأحوال بما تفرضه القواعد العامة على المدعى من تتـابع إجـراءات دعواه بعريضة تقدم إلى قاضى الأمور الوقتية كلما أهمل قلم الكتـاب أو المحضرين فيما يفرضه عليه القانون. وإذا أمكن للمدعى أن يثبت أن عدم الإعلان فى خلال الميعاد المقرر فى المادة ٧٠ راجعاً إلى إهمـال قلـم المحضرين أو الكتاب وحده، وأنه لم يهمل فى هذا الصدد، فإن هذا يعتـبر من قبيل القوة القاهرة التى تمنع سريان الميعاد المتقدم فى حقه.

ولكن يتم توقيع الجزاء الذى تنص عليه المادة ٧٠ فلابد من التمسك به من جانب المستأنف عليه، وللمحكمة مطلق السلطة التقديرية فى إجابته إلى طلبه أو عدم إجابته، فالحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن جوازى فـى القانون الحالى. ويجب التمسك بهذا الجزاء قبل الكلام فى الموضـوع وإلا سقط الحق فى التمسك به. وجوز لمن شرع الجزاء لصالحه أن يتنـازل عنه صراحة أو ضمناً ، متى كان ذلك بعد انقضاء الأجل المقـرر فـى المادة ٧٠ وبعد اكتساب الحق فى التمسك باعتبار الخصومة كأن لم تكن . وإذا قام المدعى بإعلان المدعى عليه (المستأنف عليه) ، بعد هذا الميعاد، فإن المستأنف عليه يملك الحضور بناء على هذا الإعلان- هذا الحضـور لا يسقط الحق فى التمسك ببطلان إعلان تم باطلاً فى خلال الميعاد، كمـا أن هذا الحضور لا يسقط الحق فى التمسك باعتبار كأن لم يكـن لعـدم الإعلان أصلاً ومن باب أولى.

وعـنـد حضور المستأنف عليه، بناء على الإعلان الذى تم بعد

---

(١) أبو الوفا، الدفوع ، ص ٦٤٦.
فتحى والى ، ص ٤٠٤ .

(٢) أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، ط ٥، ص ٦٤٧.

الميعاد، فإنه يملك التمسك باعتبار الخصومة كأن لم تكن لعدم إعلانه في خلال الميعاد. ويشترط أن يتمسك بذلك قبل التكلم في الموضوع، وإذا قدم مذكرة بدفاعه قبل الحضور فعليه أن يتمسك بالجزاء قبل الكلام في الموضوع أيضا، فالكلام في الموضوع يفيد تنازله عن التمسك بالجزاء الذى شرع لمصلحته[1].

وإذا تم إعلان صحيفة الاستئناف في خلال الميعاد المنصوص عليه في المادة ٧٠ من قانون المرافعات ، ولكن هذا الإعلان قد وقع باطلا لأى سبب، فإن حضور المستأنف عليه يترتب عليه تصحيح هذا البطلان. وعلى ذلك فوسيلة التمسك بالبطلان في هذه الحالة هي التخلف عن الحضور، والامتناع عن تقديم مذكرة بالدفاع ولو تمسك فيها بالبطلان، لأن تقديم مذكرة يعد بمثابة حضور، وإذا حكم باعتبار الخصومة كان لم تكن، فإنه يترتب على ذلك انقضاؤها وزوال كافة آثارها القانونية التي ترتبت على قيامها، ويعود الخصوم إلى الحالة التى كانوا عليها قبل رفع الطعن[2].

ومتى أعتبر الاستئناف كأن لم يكن امتنع المستأنف تجديده ما لم يكن الميعاد ممتدا. وصورة هذه الحالة أن يكون المستأنف قد بادر برفع الاستئناف فور صدور الحكم، مع أن الحكم يبدأ الطعن فيه من تاريخ إعلانه وليس من تاريخ صدوره(م ٢١٣) ، في مثل هذه الأحوال يجوز تجديد الطعن في الحكم بالاستئناف، دون أن يحتج في مواجهة هذا الطعن بالحكم الصادر باعتبار الخصومة السابقة كأن لم تكن. فالاستئناف الأول يزول ويعتبر كأن لم يكن، ويعود الخصوم إلى مراكزهم الأولى، أى

---

(١) أبو الوفا، الدفوع، ص ٦٥٠.

(٢) نقض مدنى ١٩٧٧/١/٢٦ طعن رقم ٤٢٣ س ٤١ ق.

-نقض مدنى ١٩٧٦/٣/٢٣ طعن رقم ٥١٦ س٤٢ق.

-نقض مدنى ١٩٧٥/١٢/٣٠ طعن رقم ٣٨٣ س ٤١ ق.

-نقض مدنى ١٩٧٧/٥/١٧ طعن رقم ٦٩٨ س ٤٢ق .

يعودون إلى وضعهم الذى تركز بصدور الحكم الابتدائى الذى يبدأ ميعاد الطعن فيه من تاريخ الإعلان، فإذا ما رفع طعن جديد فإننا نكون إزاء خصومة جديدة[1].

ومن جهة أخرى، فإذا حصل التمسك باعتبار الخصومة فى الاستئناف كأن لم تكن عملا بالمادة ٧٠ من قانون المرافعات، وبعدم قبول الاستئناف شكلا لأى سبب من الأسباب، فيجب على المحكمة الفصل فى مسالة قبول الاستئناف شكلا قبل الفصل فى أى دفع آخر، لأن الحكم فى أى دفع آخر قبله قد يعد بمثابة قبول ضمنى للطعن[2]. ويلاحظ فى هذا الصدد أن الدفوع الشكلية يجب إبداؤها جميعا فى نفس الوقت قبل التكلم فى الموضوع، أما الدفع بعدم القبول- عدم قبول الطعن- فيجوز إبداؤه فى أى حالة تكون عليها الإجراءات.

وإذا تعدد المستأنف عليهم وجب أن يعلنوا جميعا بالطعن فى خلال الثلاثة أشهر المنصوص عليها فى المادة ٧٠ مرافعات. وإذا تعدد المستأنفون وجب أن يقع الإعلان بناء على طلبهم جميعا. وعلى ذلك فإذا اشتملت صحيفة الطعن بالاستئناف على أسماء جميع المستأنف عليهم، ومع ذلك لم يتم الإعلان فى الميعاد إلا لبعضهم فقط، جاز أعمال الجزاء المنصوص عليه فى المادة ٧٠ إذا توافرت شروطه. وقيام المستأنف بإعلان بعض المحكوم لهم لا يدل على تنازل المستأنف عن حقه فى إعلان الباقين، بل يبقى حقه فى إعلانهم قائما إلى أن ينقضى الميعاد الواجب إجراء الإعلان خلاله، فيسقط حقه فى اختصامهم[3]. وفى حالة تعدد المستأنف عليهم، فإن الخصومة ، كقاعدة عامة تقبل التجزئة، وتكون صحيحة وقائمة بالنسبة لمن أعلن فى الميعاد المحدد فى المادة ٧٠،

---

(١) أبو الوفا، المرافعات، ص ٧٧٣ ط ١٢ .هامش ١ .

(٢) أبو الوفا، المرافعات، ص ٧٧٤ ط ١٢، تابع هامش ١ لصفحة ٧٧٣.

(٣) نقض مدنى ٢٠ /١٩٦٩/٢ مجموعة النقض س ٢٠ ص ٣٦٨.

وتعتبر كأن لم تكن بالنسبة لمن يعلن منهم(١).

أما إذا كانت الخصومة لا تقبل التجزئة بنص القانون، أو كان القانون يتطلب رفع الدعوى على أشخاص معينين ، بحيث لا يعتبر الطعن قائما إلا إذا رفع على كل من عينهم القانون، فإن القاعدة أنه متى اختصم في الدعوى كل من يوجب القانون اختصامهم، فالإجراءات تعتبر صحيحة، ما لم يحكم بالبطلان، أو باعتبار الخصومة كأن لم تكن. وإذا اعتبر الاستئناف كأن لم يكن في مثل هذه الأحوال، فإنه يكون كذلك بالنسبة لجميع الخصوم(٢).

٢١٨-نطاق تطبيق المادة ١١٤ من قانون المرافعات في خصومة الطعن بالاستئناف.

تنص المادة ١١٤ من قانون المرافعات المصري على أن: " بطلان صحف الدعاوى وإعلانها وبطلان أوراق التكليف بالحضور الناشئ عن عيب في الإعلان أو في بيان المحكمة أو في تاريخ الجلسة يزول بحضور المعلن إليه بالجلسة أو بإيداع مذكرة بدفاعه" . وبما أن المادة ٢٤٠ من قانون المرافعات تنص على سريان القواعد المقررة أمام محاكم الدرجة الأولى على الاستئناف، وبما أن المادة ٢٣٠ من قانون المرافعات تنص على أن الاستئناف يرفع بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة المرفوع إليها الاستئناف، فعلى ذلك فإن المادة ١١٤ من قانون المرافعات تسري أيضا بالنسبة إلى صحف الاستئناف.

والمادة ١١٤ من قانون المرافعات تتعلق بأثر الحضور على البطلان المنصوص عليه في هذه المادة.ونستعرض فيما يلي أوجه

---

(١) نقض مدني ١٩٦٩/٣/٢٧ مجموعة النقض س ٢٠ ص ٥٢٢.
(٢) نبيل عمر، دراسات في فلسفة قانون المرافعات، ص ٥٠.
-نقض مدني ١٩٧٠/٣/١٢ مجموعة النقض س ٢١ ص ٤٤١ .
-نقض مدني ١٩٧٠/٥/٢٦ مجموعة النقض س ٢١ ص ٨٩٢.

البطلان التى عددتها هذه المادة ، ثم نتكلم عن أثر الحضور في هذا البطلان.

١- أوجه البطلان التى حددتها المادة ١١٤ من قانون المرافعات:

يجب أن ينصب هذا البطلان على صحيفة دعوى(أو صحيفة طعن)، أو ورقة تكليف بالحضور، وسواء رفعت الدعوى بالطريق المعتاد أى بإيداع صحيفتها قلم الكتاب، وكان الإعلان عملا إجرائيا لاحقا على رفع الدعوى أم كانت الدعوى قد رفعت، استثناء، بطريق التكليف بالحضور، وبالتالى كان الإعلان هو العمل الإجرائى الذى يعتبر رفعا للدعوى[1]. وبناء على ذلك فصحيفة الدعوى قبل إعلانها لا تعد من أوراق التكليف بالحضور ، وبالتالى لا ينطبق عليها حسب الأصل نص المادة ١١٤، وبالتالى أيضا كان المشرع مضطرا إلى النص صراحة على اعتبار صحيفة الدعوى تأخذ حكم أوراق التكليف بالحضور[2]. ويعتبر البعض نص المادة ١١٤ من قانون المرافعات بالنسبة لصحف الدعاوى هو مجرد تطبيق للفكرة التى أخذ بها المشرع فى تنظيمه للبطلان، وهى ربط الشكل بالغاية منه، فحيث تتحقق الغاية من الشكل فلا بطلان. فالخصم الذى يحضر للمحكمة، يؤدى حضوره إلى تحقيق الغاية من الشكل ، ولهذا ليس له التمسك ببطلان العمل بسبب تخلف أو تعييب هذه الأشكال[3]. وينتقد البعض صياغة المادة ١١٤ من قانون المرافعات بصدد صحيفة الدعوى المودعة قلم الكتاب قبل إعلانها[4].

---

(١) فتحى والى، ص ٤٧٠.

(٢) أبو الوفا ، المرافعات ط ١٢ ، ص ٢٣٦.

(٣) فتحى والى ، ص ٤٠٧.

(٤) أبو الوفا، المرافعات، ص ٢٣٦.

٢- أوجه البطلان التى تشير إليها المادة ١١٤ من قانون المرافعات هى:

(أ) العيب فى الإعلان، ويرى بعض الفقه أنه ليس المقصود بعيب فى الإعلان أى عيب يتعلق به، وإنما يجب تفسير النص بالنظر إلى أساسه وهو تحقيق الغاية بالحضور، والواقع أننا نؤيد هذا النظر لأنه ينطبق على نص المادة ٢٠ من قانون المرافعات التى تنص على أن الإجراء يكون باطلا إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب بسببه الغاية من الإجراء. ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء.

وعلى ذلك فعيب الإعلان الذى يؤثر فيه الحضور فى مفهوم المادة ١١٤ من قانون المرافعات قد يكون إعلان الورقة فى يوم عطلة رسمية، أو فى غير الميعاد المحدد فى المادة ٧ من قانون المرافعات، أو تسليم الصورة إلى أحد أقارب المراد إعلانه فى موطنه دون أن يثبت المحضر أنه من الساكنين معه، أو تسلم الصورة فى موطن الأعمال أو فى الموطن المختار فى أحوال يتعين فيها تسليم الصورة لذات المراد إعلانه[1]. كما يعتبر عيبا فى الإعلان عدم قيام المحضر بإرسال خطاب مسجل إلى المراد إعلانه.

(ب) بيان المحكمة وتاريخ الجلسة:

هذه البيانات تتضافر فى تحديد إلى أية محكمة يتوجه إليها الخصم وفى أى تاريخ يذهب لسماع الحكم عليه.

٣- اثر الحضور فى العيوب المذكورة فى المادة ١١٤ من قانون المرافعات ، فى نطاق خصومة الاستئناف.

اعتبر المشرع أن مجرد حضور المعلن إليه يزيل هذا البطلان،

---

(١) أحمد أبو الوفا، المرافعات، ص ٢٣٧.

وكذلك إذا قام هذا المعلن إليه بإيداع مذكرة بدفاعه.

ويرى البعض أن حضور المعلن إليه يزيل هذا البطلان، وكذلك إذا قام هذا المعلن إليه بإيداع مذكرة بدفاعه.

ويرى البعض أن حضور المعلن إليه فى مثل هذه الحالة يترتب عليه إزالة البطلان وليس تصحيحا له، وتتم الإزالة بأثر رجعى، فيعتبر الإجراء صحيحا من تاريخ اتخاذه. والدليل فى نظر هذا البعض على أن الحضور يزيل البطلان ولا يصححه،هو أن مجرد الحضور ودون إضافة أية بيانات جديدة أو تصحيح بيانات قائمة يترتب عليه زوال البطلان[1].

بينما يرى رأى آخر أن مثل هذا الحضور يترتب عليه تصحيح البطلان، ويكون هذا التصحيح بأثر رجعى ومن تاريخ اتخاذ الإجراء، حتى ولو لم يترتب على هذا الحضور إضافة أى بيان جديد إلى ورقة الإعلان[2].

هذا الرأى إذا يتفق مع الرأى السابق فى صحة الإجراء بمجرد الحضور ومن تاريخ اتخاذ هذا الإجراء، وفى رأينا أن مجرد الحضور يحقق الغاية من الإجراء، فالإجراء يظل كما هو باطلا، ولكن هذا البطلان يكون – بإرادة المشرع– غير منتج، لماذا؟ لأن الغاية تحققت. فالأمر إذا لا يتعلق بتصحيح لأن الإجراء فى ذاته لم يتم تصحيحه، والأمر لا يتعلق بزوال البطلان، فهذا الأخير لم يزول ، والأمر من جهة ثالثة لا يتعلق بتنازل عن التمسك بالبطلان، فهذا الافتراض لا يسنده واقع يؤيده، وإنما الأمر يتعلق ، بتدخل تحكمى من جانب المشرع للحد من الآثار غير الملائمة للبطلان.

---

(١) أبو الوفا، المرافعات، ص ٢٤٥ .

(٢) فتحى والى، ص ٤٠٩.

-كمال بعد العزيز، ص ٢٦٣

والحضور الذى يؤثر فى البطلان فيؤدى إلى تحقيق الغاية من الإجراء هو حضور الخصم المعلن إليه هو أو ممثله،وإذا كانت الإجراءات لا تصح إلا فى حضور ممثل قانونى للخصم،فحضور هذا الأخير هو الذى يحقق الغاية من الإجراء.

وإذا حضر محام بغير توكيل ممن كان يجب عليه الحضور، فلا اثر لذلك في البطلان.

وإذا تعد المعلن إليهم وحضر البعض وتخلف البعض فلا يعتد بتحقق الغاية إلا بالنسبة لمن حضر فقط.

ويجب أن يحضر المعلن إليه ذات الجلسة المحددة لنظر الدعوى، فلا يعتد بحضوره إلى مبنى المحكمة أو قلم الكتاب إذا لم يثبت حضوره فى محضر الجلسة ولم لم يدلى بأى طلب أو دفع أو لم يتكلم[1].

وبناء على ذلك فإذا أعلن المدعى عليه للحضور أمام محكمة أول درجة ولم يحضر، فإن حضوره أمام محكمة ثانى درجة لا يصحح البطلان الذى شاب عيب الإعلان أمام أول درجة[2].

ويجب أن يكون الحضور بناء على ذات الصحيفة الباطلة، فإذا أعلن الخصم بصحيفة باطلة ولم يحضر فى الجلسة الأولى، ثم أعيد إعلانه لجلسة أخرى وحضر أو حضر من يمثله بناء على الإعلان، أو إذا كان الحضور من تلقاء نفسه دون إعلان، فله أن يتمسك ببطلان الإعلان الأول، لأن الحضور هنا تم بناء على عمل آخر غير الورقة الباطلة[3].

---

(١) أبو الوفا، المرافعات، ص ٢٤٠

-راجع المادة ٣/٦٨ معدلة بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .مطلق الحضور فى الجلسة من المدعى يؤدى إلى انعقاد الخصومة ولو لم يوجد إعلان مطلقا أو كان الإعلان معيبا.

(٢) فتحى والى، ص ٤٠٩.

(٣) أبو الوفا، ص ٢٤١- فتحى والى ، ص ٤٠٩.

ومن جهة أخرى فإذا لم تعلن صحيفة الدعوى على الإطلاق، ورغم ذلك علم المدعى ببياناتها بأى طريق وحضر أمام المحكمة فـــى الجلســة المحددة. وكان ذلك فى خلال الشهور الثلاثة المحـــددة فـــى المـــادة ٧٠ مرافعات. هذا الحضور يحقق الغاية من الإجراء. أما إذا تم هذا الحضور من جانب ذلك الخصم الذى لم يعلن بأى شئ بعد فوات الشهور الثلاثـــة المحددة فى المادة ٧٠ مرافعات، فالمدعى عليه يملـــك رغـــم حضـــوره التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن[1].

ويرى البعض أنه إذا اعلن المدعى عليه للجلسة الأولـــى بـــإجراء باطل، ولم يحصر، ونظرت الدعوى فى الجلسة الأولى، وأحيلـــت إلـــى التحقيق ،وأعلن المدعى عليه بجلسة التحقيق فحضـــر، وإذا كـــان هـــذا الحضور قد وقع بعد ثلاثة اشهر من تاريخ إيداع الصحيفة قلم الكتـــاب، فإنه يملك التمسك باعتبار الدعوى كـــأن لـــم تكـــن عمـــلا بالمـــادة ٧٠ مرافعات[2].

وعلى أى حال فتمسك المدعى عليه ببطلان الإعلان الأول لا أثـــر له ولا قيمة له فى ظل المادة ٧٠ من قانون المرافعات، وذلـــك إذا كـــان المدعى عليه قد حضر بناء على إعلان تال صحيح تم فى خـــلال ثلاثـــة أشهر تالية لإيداع الصحيفة قلم الكتاب[3].

وإذا أعلن المدعى عليه بصحيفة باطلة، فلم يحضر ، فأعيد إعلانـــه بصحيفة باطلة فحضر، فهذا الحضور يحقق الغاية من الإجراء.

والحضور يحقق الغاية من الإجراء ولو تعددت صور البطـــلان

-نقض مدنى ١٩٦٩/٦/٢٤ مجموعة النقض س ٢٠ ص ١٩٥٧ .

(١) أبو الوفا، ص ٢٣٤- فى نفس المعنى فتحى والى، ص ٤٠٩.

(٢) أبو الوفا، ص المرافعات ط ١٢ ص ٢٤٢ هامش(١) .

(٣) أبو الوفا، ص المرافعات ط ١٢ ص ٢٤٢ هامش(١) .

المنصوص عليها فى المادة ١١٤ من قانون المرافعات(١).

ويقوم مقام الحضور تقديم المدعى عليه مذكرة بدفاعه فى قلم الكتاب قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى بثلاثة أيام تطبيقا للمادة ٢/٦٥ من قانون المرافعات.

فيجب أن تودع مذكرة، وتتضمن دفاع ذات المعلن إليه ، وان تكون بمثابة رد على إعلان الصحيفة الباطلة، وذلك حتى يمكن اعتبار تقديم المذكرة محققا للغاية من الإجراء فى مفهوم المادة ١١٤ مرافعات.

وإذا تم الإعلان الأول باطلا، ثم أعيد الإعلان بإجراء صحيح، وقدم المدعى عليه مذكرة بدفاعه دون أن يضمنها تمسكه ببطلان الإعلان الأول، أو إذا حضر وتكلم فى الموضوع ، فإن هذه الأمور تؤدى إلى إسقاط حقه فى التمسك بالبطلان إعمالا لنص المادة ١٠٨ من قانون المرافعات.

٢١٩- ولما كان الحضور يزيل البطلان فى مفهوم المادة ١١٤- وذلك كما يرى البعض- وقد رأينا أن الحضور يحقق الغاية من الإجراء، ولا يتضمن تصحيحا له، ولا إزالة للبطلان، أو نزولا عنه التمسك به، فإن التخلف عن الحضور هو وسيلة التمسك بهذا البطلان.

وإذا طعن المختلف عن الحضور أمام محكمة الاستئناف فى الحكم الصادر منها بطريق الطعن، فهو يملك التمسك بالبطلان أمامها، لأن تخلفه عن الحضور يعتبر هو الوسيلة الوحيدة للتمسك بالبطلان أمام محكمة الاستئناف(٢) .

---

(١) أبو الوفا، ص المرافعات ط ١٢ ص ٢٤٢ هامش(١) .

(٢) وإن كان هذا يعتبر فى رأينا إثارة لمسائل واقعية أمام محكمة النقض.

-راجع مؤلفنا فى النظرية العامة للطعن بالنقض- المرجع السابق ص ٣٥٠.

-راجع تعديل المادة ٦٥ مرافعات بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩.

وبصدد هذا النوع من البطلان فإن المادة ٨٥ من قانون المرافعات تنص على أنه إذا تبينت المحكمة عند غياب المدعى عيه بطلانه إعلانه بالصحيفة، وجب عليها تأجيل القضية إلى جلسة تالية يعاد إعلانه لها إعلانا صحيحا بواسطة خصمه.

وإذا أعلنت صحيفة الطعن بالاستئناف (الصورة) ، فإنه يجب منح المطعون ضده ميعادا للحضور، وهذا الميعاد هو الميعاد الذى يجب أن ينقضى بين إعلان المدعى عليه أو ممثله بصحيفة الطعن المتضمنة تكليفه بالحضور أمام المحكمة ،وبالتالى لا يضطر لطلب التأجيل.

وميعاد الحضور أمام محكمة الاستئناف هو خمسة عشر يوما (م٦٦). وهو ميعاد كامل، ولا يدخل فى حسابه يوم الإعلان ولا يوم الجلسة، ويضاف إليه ميعاد مسافة يحسب على أساس المسافة بين موطن المعلن إليه ومقر المحكمة الواجب الحضور أمامها.

وهذا الميعاد يمكن انقاصه إذا اقتضى الأمر بإذن قاضى الأمور الوقتى بطلب عريضة ، ولا يترتب على مخالفته البطلان وإنما يمكن طلب استكمال الميعاد.

بعد تمام معالجة إعلان صحيفة الطعن بالاستئناف ننتقل الآن إلى دراسة أطراف خصومة الاستئناف فى المبحث التالى والأخير فى هذا الفصل.

المبحث الثالث

فى أشخاص خصومة الإستئناف

٢٢٠ - دراسة أشخاص خصومة الإستئناف تؤدى إلى استكمال الصورة التى رسمناها لأنفسنا حين حددنا فى بداية هذا الفصل أننا نكرسه للدراسة الساكنة لإجراءات الطعن بالإستئناف .

خصوم الإستئناف يشتركون فى دفع إجراءات الخصومة ، ويشكلون عنصرها الشخصى . دراسة أشخاص خصومة الطعن بالإستئناف من وجهة نظر السكون أو عدم الحركة تعنى أننا نركز النظر فى هؤلاء الأشخاص ، فندرس صفاتهم ومصالحهم والشروط الواجب توافرها فيهم ليكونوا أطرافا فى خصومة الإستئناف . دراسة ساكنة بمعنى أنها لاتأخذ فى الإعتبار فى هذه المرحلة مايولده نشاط الخصوم من تأثير فى باقى العناصر الموضوعية للإدعاء أمام القضاء ، أى أن هذه الدراسة الساكنة لاتهتم فى هذه المرحلة ببيان الفعل ورد الفعل المتولد من نشاط الخصوم فى الإستئناف ، مكان ذلك هو الباب الثالث والأخير من هذا المؤلف وفى الفصل المتعلق بالأثر الناقل للإستئناف .

دراسة المراكز القانونية لأشخاص خصومة الطعن بالإستئناف تقتضى منا تقسيم هذا المبحث إلى المطالب الآتية :

المطلب الأول : فى الطاعن بالإستئناف .

المطلب الثانى : فى المطعون ضده بالإستئناف .

المطلب الثالث : فى مركز الغير فى خصومة الإستئناف من زاوية التدخل والإختصام .

وننتقل الآن لدراسة هذه المسائل بالتفصيل اللازم .

المطلب الأول

فى الطاعــن بالإستئنــاف

٢٢١ - تنص المادة ٢١١ من قانون المرافعات على أنـه : " لايجوز الطعن فى الأحكام إلا من المحكوم عليه ولا يجوز ممن قبل الحكم أو ممن قضى له بكل طلباته مالم ينص القانون على غير ذلك " .

نعالج هذا المطلب فى فرعين : فى الأول نبين من هو الشخص الذى يستطيع أن يرفع طعنا فى الحكم الإبتدائى بالإستئناف ، وفى الثانى نعالج الشروط الواجب توافرها فى الطاعن بالإستئناف .

الفــــرع الأول

من هو الشخص الذى يستطيع أن يرفع طعنا بالإستئناف

٢٢٢ - يشترط فى الشخص الذى يثبت له الحق فى رفع الطعن بالإستئناف أن يكون طرفا فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه ، سواء كان ماثلا فى هذه الخصومة بشخصه أو بمن يمثله . ويكون الشخص طرفا فى خصومة إذا قدم فيها طلبا فى مواجهة الخصم الآخر وأصر على هذا الطلب ولم يتنازل عنه . وإذا كان الشخص ممثلا فى الخصومة بواسطة شخص آخر ، فيجب أن يكون هذا التمثيل مقطوعا به. وعلى ذلك فإذا كانت صفة النيابة قد انتحلت أو قد أضفاها الحكم على شخص بلا مبرر فإن هذا لايكفى لاعتبار الشخص طرفا فى الخصومة التى صدر فيها الحكم ، وبالتالى لايحق له رفع طعن بالإستئناف فى مثل هذا الحكم [١] .

والعبرة فى كل ماتقدم هى بالخصوم الحقيقيين ، أما الخصم الذى

---

(١) - أحمد ابو الوفا . التعليق . جـ ١ . ص ٦٢٥ .

- نقض مدنى فى ١٩٥٠/٣/٢ مجموعة النقض س ١ ص ٢٨٢.

يتم إدخاله في الدعوى ولاتوجه إليه طلبات ولا يحكم ضده بشئ ، فلا يعتبر خصما حقيقيا ولايقبل منه الطعن فى الحكم (١) .

وتحديد الشخص الذى يجوز له استئناف الحكم الصادر من أول درجة على هذا النحو ماهو إلا إعمال بسيط لمبدأ نسبية آثار الإجراءات القضائية ، فالحكم القضائى لايحتج به إلا بين خصوم الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم . وهو لايحوز الحجية إلا بين هؤلاء الأشخاص . وبناء على ذلك فالغير الذى لم يكن طرفا فى الخصومة التى صدر فيها الحكم لايحق له الطعن فى هذا الحكم ، لأنه لايؤثر على حقوقه ولا يحتج به عليه ، وذلك على التفصيل الذى سوف نراه عند دراسة مركز الغير فى نطاق دراستنا لأشخاص خصومة الطعن بالإستئناف .

والقاعدة فى قانون المرافعات هى أن الحكم القضائى لايمتد اثره فقط إلى أطراف الخصومة التى صدر فيها فحسب ، وإنما يمتد إلى خلفهم العام والخاص .

والخلف العام هو من يخلف السلف فى ذمته المالية كلها ، أو فى جزء منها باعتبارها مجموعة أموال . ومثال ذلك الوارث الذى يخلف المورث في تركته ، أو الموصى له بقدر منها كالربع أو الخمس (٢) .

والخلف الخاص هو من يخلف السلف فى حق عينى على شئ معين محدد ، أو فى ملكية مال معين كالمشترى ، فهو يخلف البائع له فى ملكية المبيع ، والموهوب له ، أو الموصى له بعين معينة من أعيان التركة (٣) .

وبناء على ذلك وبما أن الوارث يعتبر من الخلف العام فيجوز له ، بعد وفاة مورثه ، أن يطعن فى الحكم الصادر على هذا المورث ،

---

(١) نقض مدنى ١٩٥١/٣/٢٩ . مجموعة النقض . س ٢ . ص ٥٠٦.
(٢) توفيق فرج . مصادر الإلتزام . سنة ١٩٧٨ . ص ٢٧٤.
(٣) توفيق فرج . المرجع السابق . ص ٢٧٥.

باعتباره من خلفائـه . وإذا رفـع الطعـن بالإستئناف باسـم المحكـوم عليـه المتوفى كان غير مقبول (١) .

وجواز رفع الطعن بالإستئناف من جانب الورثـة باعتبـارهم من الخلف العام للمحكوم عليه المتوفى مشروط بأن تحـدث الوفـاة للسلف بعد صدور الحكم المراد الطعن فيه بالإستئناف . والعلة فى ذلك ترجع إلى أنـه لـو رفعت الدعـوى علـى السلف وقبل صـدور الحكم حدثت الوفـاة فـإن الخصومة تنقطع عملا بالمادة ١٣٠ مرافعات ، وبالتالى يعد كل إجراء أو حكم يتم فيها بعد الإنقطاع باطلا ، وللخلف العام أن يتمسك بهذا البطـلان سواء فى صـورة دفـع أو طلـب أو طعـن بحسـب الإجـراء المـراد التمسك بإبطاله (٢) .

ومـن صـور الخلافـة العامـة ، فيمـا قضـت بـه محكمـة النقـض ، إدماج شركة فى شركة أخرى . وفى هـذا المغنـى تقـول محكمـة النقـض : "أنـه إذا اندمجـت شـركة تضـامن فـى شـركة مسـاهمة اندماجـا تنتهـى بـه شخصيتها وتزول به بما لها وما عليها للشـركة المسـاهمة ، فـإن الشـركة الدامجة تكون قد خلفت الشركة المندمجـة فـى ذمتهـا الماليـة خلافـة عامـة تبيح لها حق الطعن فـى الأحكـام الصـادرة باسـم الشـركة المندمجـة سـواء تحققت هذه الخلافة قبل أو بعد صدور تلك الأحكام " (٣) .

والواقع أننا لانتفـق مـع مـاذهبت اليـه محكمـة النقـض ، لأن زوال الصفة عن الشركة المندمجة يترتب عليه انقطاع الخصومة وتطبق فى هذا الصدد نص المادة ١٣٠ مرافعات وما ببعدها . أما الأحكـام الصـادرة بعد الإندماج فلا شك فى جواز الطعن فيها من الشركة الدامجة .

---

(١) ابو الوفا . الأحكام . ص ٧٩٤ .
(٢) ابو الوفا . الأحكام . ص ٧٩٣.
(٣) نقض مدنى ١٩٥٥/٣/١٠ . مجموعة النقض . س ٦. ص ٧٦٣. مشار اليه فى عبدالمنعم حسنى . ص ٤٧.

وفيما يتعلق بالخلف الخاص بالتحديد السابق لنا توضيحه ، كالمشترى مثلا ، فإنه يحل محل السلف - البائع - فيما للعين من حقوق وما عليها من التزامات ، ومن ثم يملك المشترى استئناف الحكم الصادر ضد البائع ، إذا آل اليه الحق المتنازع عليه بعد رفع الدعوى على البائع وصدور الحكم فيها . وعليه فى هذه الحالة أن يرفع الطعن باسمه هو لا باسم البائع وإلا كان الطعن غير مقبول لرفعه من غير ذى صفة [(١)] . وعلى ذلك فيشترط أن يكون الحكم الصادر فى مواجهة السلف سابقا على اكتساب الخلف الخاص للحق [(٢)] .

وعلى العكس من ذلك فالأحكام التى تصدر فى مواجهة الخلف الخاص لايحتج بها على السلف ناقل الحق . وإذا كانت هذه هى القاعدة ، فإن هناك استثناء يرد عليها وذلك فى الأحوال التى يكون السلف مختصما فى الدعوى الصادر فيها الحكم باعتباره ضامنا مثلا [(٣)] .

وبالإضافة إلى كل ذلك فإنه يتعين أن يكون الطاعن خصما حقيقيا بأن ينازع خصمه فيما يدعيه كل منهما بنفسه نزاعا يتناوله الحكم بالحسم [(٤)] .

أما إذا كان قد اختصم للحكم فى مواجهة مع عدم القضاء له أو عليه بشئ ، فيرى البعض ، أنه لايعتبر فى هذه الحالة خصما حقيقيا ، ولايحوز الحكم حجية قبله [(٥)] . وبالتالى لايكون الطعن فيه من جانبه مقبولا [(٦)] ، ومع ذلك فقد قضى باعتبار من طلب صدور الحكم فى مواجهته خصما فى الدعوى يحق له بهذه الصفة الطعن على الحكم

---

(١) استئناف مصر ١٩٢٨/٤/١٨. المحاماة . س ٨ . ص ٩٢٠.
(٢) نقض مدنى١٩٥٨/٣/٢٧. مجموعة النقض . س ٩. ص ٢٤٤ .
(٣) نقض مدنى ١٩٥٣/٣/١٢. مجموعة النقض . س ٤ . ص ٦٣٥.
(٤) نقض مدنى ١٩٧٥/١١/٢ . طعن رقم ٢٧ س ٤١.
(٥) نقض مدنى ١٩٧٥/٥/٢٥ . طعن رقم ٦٨٨ س ٤٣.
(٦) نقض مدنى ١٩٧٥/١/١٨ . طعن رقم ٦٩ . س ٣٩.

الصادر فيها بالإستئناف ، وسنرى ذلك ففى محله من بعد [1] .

ومع ذلك فيرى البعض أنه من الجائز فى هذه الحالة الطعن بالإستئناف إذا تضمنت أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق قضاء ضار بمن أدخل فى الدعوى للحكم فى مواجهته [2] .

ولأى دائن سواء كان دائنا عاديا أو ممتازا ، أن يطعن باسم مدينه فى الحكم الذى يصدر ضد هذا المدين . ولايشترط لذلك أن يحصل الدائن على إذن من القضاء بحلوله محل المدين ، بل يكفى توافر الشروط المنصوص عليها فى المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات ، ففى نطاق هذه المادة يستمد الدائن نيابته عن المدين مباشرة من القانون ، وعلى ذلك فقد حكم تطبيقا لذلك بأن للدائن ولو لم يكن طرفا فى الخصومة بنفسه ، أن يطعن فى الحكم الصادر فيها بطرق الطعن العادية وغير العادية بالشروط التى رسمها القانون للأطراف [3] .

وإذا كنا نشير هنا فى عجالة إلى مركز المتدخل أو المختصم فى الخصومة التى انتهت بصدور الحكم المراد الطعن فيه بالإستئناف ، لأننا سوف نعود بالتفصيل إلى هذا الموضوع فيما بعد ، فإننا نقول أن القاعدة هى أن المتدخل انضماميا أو اختصاميا أو المختصم بناء على طلب أحد الخصوم أو بناء على أمر المحكمة يعتبر خصم - على التحديد التالى فيما بعد - وإذا رفضت المحكمة التدخل ايا كان نوعه ، أو رفضت اختصام الغير أو حكمت بعدم قبول هذا أو ذاك ، فإن المتدخل أو المختصم لايعد طرفا فى الخصومة التى يصدر فيها الحكم ولا يملك الطعن فيه باعتباره خصما . وإنما له الطعن فى الحكم الصادر برفض تدخله أو بعدم قبوله [4]

---

(١) استئناف بنى سويف ١٩٧٢/٥/٣. القضية رقم ٩٠٧ س ٩ ق .

(٢) عبدالمنعم حسنى . ص ٢٦.

(٣) عبدالمنعم حسنى . ص ٢٣.

(٤) ابو الوفا . الأحكام . ص ٧٩١.

هذه بوجه عام هى الشروط الواجب توافرها لمعرفة الشخص الذى يجوز له رفع الطعن بالإستئناف .

الفـــرع الثانـــى

الشروط الواجب توافرها فى الطاعن بالإستئناف

٢٢٣ - سبق لنا معالجة المعالم التى تحدد الشخص الذى يستطيع أن يرفع طعنا بالإستئناف ، هذه المعالم تصدق بالنسبة للشخص الطبيعى وبالنسبة للشخص الإعتبارى ، وتصدق بالنسبة للإستئناف الأصلى . والإستئناف المقابل والفرعى .

فإذا ماأتينا إلى الدراسة التفصيلية للشروط الواجب توافرها فى الطاعن بالإستئناف فإننا نعالجها بالتفصيل ، لأننا سوف نحيل إلى قواعدها العامة حين ندرس مركز المطعون ضده ، ونكتفى بالنسبة لهذا الأخير بإظهار المشاكل الخاصة به فقط .

يرى الفقه فى جمهوره أنه يشترط فى الطاعن بالإستئناف توافر مجموعة من الشروط حتى يكون طعنه مقبولا باعتباره صاحب صفة تمنحه الحق فى الإستئناف ، هذه الشروط فى إجمالها هى :

١ - أن يكون طرفا فى الخصومة التى صدر فيها الحكم .

٢ - أن يكون له مصلحة فى الطعن بالإستئناف .

٣ - ألا يكون قد قبل الحكم صراحة أو ضمنا .

٤ - أن تكون له صفة وأن يختصم فى الطعن بنفس الصفة التى اعتد بها قبل صدور الحكم (١) .

---

(١) - ابو الوفا . الأحكام . ص ٧٨٦.

- كمال عبدالعزيز . ص ٣٩٨.

- عبدالمنعم حسنى . ص ٢٠ .=

ونفس هذه الشروط نجدها لدى الجمهور فى الفقه الفرنسى حيث يشترطون توافر الصفة والمصلحة ، ويرون أن نص المادة ٥٤٦ من قانون المرافعات الفرنسى الحالى الصادر سنة ١٩٧٦ قد أوجز ذلك حين نص على أن الحق فى الإستئناف يخص أى طرف له مصلحة فى الطعن طالما لم يتنازل عن هذه المصلحة .

وعبارة النص الفرنسى هي :

Le droit d'appel appartient à toute partie qui y a intérêt. Si elle n'y a pas renoncé. (١)

ودون النظر إلى دراسة هذه الشروط التقليدية ، وإظهار الحجج التى تسندها وبيان أوجه النقد التي توجه اليها ، فإن كل هذه المسائل تخرج عن نطاق هذا المبحث ، فالذى يهمنا هو فقط الدراسة المركزة للشروط الواجب توافرها فىالطاعن بالإستئناف .

وفى رأينا أن الشرط الوحيد الذى يجب توافره فى الطاعن بالإستئناف هو شرط المصلحة بأوصافها المتعارف عليها .

فالمصلحة كما تحددها النظرية العامة للدعوى القضائية يجب أن تكون :

- مصلحة قانونية .
- ويجب أن تكون مصلحة شخصية ومباشرة .
- ويجب أن تكون مصلحة قائمة وحالة .

- ابوالوفا . التعليق . جـ ١ . ص ٦٢٦.

(١) J. Vincent précis. p. 779.

GUY FEUER: Contribution á une théorie de l'appel dans la procédure contentieuse administrative. Revue du droit public. 1958 p. 19-46.

وجميع الشروط التى يذكرها الفقه التقليدى ويرى ضرورة توافرها فى شخص الطاعن ماهى إلا أوصاف لهذه المصلحة ، ويمكن لنا إدراج هذه الشروط ضمن الأوصاف المحددة لفكرة المصلحة فى الطعن ، وكل هذا يتضح أولا بأول من دراسة فكرة المصلحة وأوصافها :

١ - يشترط فى الطاعن بالإستئناف أن يكون له مصلحة قانونية فى الطعن : المصلحة ليست شرطا لقبول الدعوى فحسب ، وإنما هى شرط لقبول أى طلب أو دفع أو طعن فى الحكم أو اتخاذ أى إجراء من إجراءات الخصومة .

وفى هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية بأنه لايكفى فيمن يختصم فى الطعن أن يكون طرفا فى الخصومة ، بل يجب أن تكون له مصلحة فى الدفاع عن الحكم المطعون فيه [١] . والمصلحة فى الطعن تتلخص فى أن الطاعن خسر دعواه فى أول درجة ، سواء كانت هذه الخسارة جزئية أو كلية وأيا كانت صورتها . وعلى ذلك فمن كسب دعواه تماما أمام محكمة أول درجة لاتكون له مصلحة فى الطعن فى الحكم الصادر بالإستئناف . ويكفى مجرد الأمل فى الحصول على حكم أفضل من حكم أول درجة لتوافر المصلحة للطاعن فى استئناف الحكم [٢] .

ويقصد بقانونية المصلحة فى مجال الطعن بالإستئناف أن يستند الطاعن على حق يعترف به القانون أو يحميه بصفة مجردة . والحق فى استئناف حكم أول درجة يولد مع الحكم المراد الطعن فيه ، ميلاد هذا الحق يخول لصاحبه الإستناد إلى النظام القانونى الموجود من قبل بواسطة المشرع فى الطعن فى الحكم الصادر بهذا الطريق ، يؤدى إلى القول بتوافر شرط المصلحة القانونية فى الطاعن .

---

(١) - نقض مدنى ١٩٧٠/١٢/٢٢. مجموعة النقض س ٢١ ص ١٢٧٢.
- نقض مدنى ١٩٧٠/١٢/٣١. مجموعة النقض . س ٢١. ص ١٣٤٤.

(٢) AMIENS: 25/11/1953. J.C.P. 1953. II. No. 7887.

ويرى البعض أن مناط المصلحة فى الطعن بالإستئناف هى أن يكون الحكم المطعون فيه قد أضر بالطاعن ، وأيا كانت صورة هذا الضرر ، سواء قضى برفض طلباته كلها أو بعضها ، أو لم يأخذ بدفاعه.

والعبرة بقيام المصلحة فى الطعن وقت صدور الحكم المطعون فيه، ولايعتد بزوالها بعد ذلك ، كما أنه لاقيمة لانعدامها قبل صدور الحكم المطعون فيه إذا لم يتمسك بذلك المطعون عليه أمام محكمة الموضوع [1].

والمصلحة التى يعتد بها فى الطعن بالإستئناف يستوى أن تكون مصلحة مادية أو أدبية طالما كانت مصلحة قانونية ، أما المصلحة النظرية البحتة فلا يعتد بها [2] . وقد قضى بناء على ذلك بأن الطعن على الحكم بأنه قد قضى برفض الإستئناف بدلا من الحكم بسقوط الإستئناف لرفعه بعد الميعاد لايحقق سوى مصلحة نظرية للطاعن [3] . ولايشترط لتوافر المصلحة القانونية وجود نص صريح لذلك ، بل يستطيع القاضى أن يستخلص ذلك من المبادئ العامة للقانون أو عن طريق القياس [4].

وعلى ذلك فلا تتوافر مصلحة قانونية فى الطعن بالإستئناف إذا كان الحكم قد قضى برفض الإستئناف بدلا من الحكم بعدم جوازه ، ولا مصلحة فى الطعن فى حكم قضى بعدم قبول الدعوى بدلا من القضاء برفضها .

وحكم بأنه متى كان الدفع بالتقادم المسقط ممتنعا قانونا فإن النص على الحكم خطأه فيما اعتبره قاطعا للتقادم يكون غير منتج [5] .

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٣/٥/٢٢. مجموعة النقض . س ٢٤. ص ٨٠٧.
(٢) نقض ١٩٣٥/٤/١١. المحاماة . س ١٥ . ص ٣٠٧.
(٣) نقض مدنى ١٩٧٢/٣/٣٠. مجموعة النقض س ٢٣. ص ٦٠١.
(٤) ابراهيم سعد . المرجع السابق . ص ١٤٩ . هامش (٣) .
(٥) نقض مدنى ١٩٦٥/٣/٢٥ . مجموعة النقض . س ١٦. ص ٤١٣.

وعلى ذلك فالمصلحة القانونية فى مجال الطعن بالإستئناف تتوافر بأن يكون الشخص محكوما عليه لخصمه ، ويكون الشخص محكوما عليه إذا لم يقضى له بكل طلباته إذا كان مدعيا أو لم يؤخذ بكل دفاعه إذا كان مدعيا عليه (١) .

ومعنى قانونية المصلحة أيضا أنه يعتد فى تقديرها بالتطابق بين طلب الخصم ومنطوق الحكم ولو لم يكن هناك تطابق بين أسباب الحكم والأسباب التى استند اليها . وبالتالى لايجوز لمن قضى له بطلباته الأصلية الطعن فى شأن الطلبات الإحتياطية وعلى العكس يكون له الطعن إذا رفضت طلباته الأصلية ولو قضى له بطلباته الإحتياطية .

وفى تقدير المصلحة القانونية فإنه يجب الإعتداد بالطلبات الختامية أمام المحكمة التى اصدرت الحكم المراد الطعن فيه بالإستئناف .

وإذا لم تكن للخصم طلبات أمام القضاء ، وهو مايحدث بالنسبة للمدعى عليه ، فإنه يعتبر خاسرا إذا قبلت طلبات خصمه كليا أو جزئيا ، وبالتالى تتوافر له المصلحة القانونية فى الطعن على الحكم بالإستئناف (٢).

وتكفى المصلحة القانونية بهذا المعنى للطعن بالإستئناف وهو طريق عادى من طرق الطعن فى الأحكام ، أما بالنسبة لطرق الطعن غير العادية فلا تكفى هذه المصلحة وإنما يجب أن يحدث تطابق بينها وبين الأسباب المحددة على سبيل الحصر التى وضعها المشرع لبناء الطعن غير العادى عليها (٣) .

---

(١) – نقض مدنى ١٩٦٣/٥/٢. مجموعة النقض . س ١٤. ص ٦٣١.
– نقض مدنى ١٩٥٤/٤/١. مجموعة القواعد . جـ ١ . ص ١٠٠ .
(٢) فتحى والى . ص ٥٧١.
(٣) – نبيل عمر . النظرية العامة للطعن بالنقض . المرجع السابق . ص ٣٠٠.
– فتحى والى . ص ٥٧١.

المصلحة فى الإستئنــاف :

يكفى لتحقق المصلحـة قيامها وقت صـدور الحكـم المستأنف ولا عبرة بزوالها بعد ذلـك ، وفـى ذلك تقول محكمـة النقض : " أنـه يجـوز الطعن فى الحكم من كل من كان طرفا فى الخصومـة أمـام المحكمـة التـى اصدرت الحكم المطعون فيه ولم يتخل عـن منازعتـه حتـى صـدور الحكـم ضده ، وكان يكفى لتحقق المصلحة فى الطعن قيامها وقت صدور الحكم ولا عبرة بزوالها من بعد ، لما كان ذلك وكان الحكم الإبتدائـى قد قضـى برفض دعوى المطعون عليه الأول ، فإنـه يضحـى سديدا مـا أشـار اليـه الحكم المطعون فيه من أن له صفة ومصلحة فى طعنه بطريق الإستئناف ومباشرته حتى يقضى فيه ، ولا يغير من ذلك انتقال الحق الذى أقيمت به الدعوى إلى آخر[1] .

وتتوافـر المصلحـة مـن جهـة أخـرى كلمـا كـان الحكـم ضـارا بالمستأنف بأن يكون من شأنه إنشاء التزامات جديـدة فـى جانبـه أو الإبقـاء على التزامات يريد التحلل منها وفى ذلك حكم بأن : " مناط المصلحـة فـى الطعن وفقا للقاعدة العامة الواردة فى المادة الثالثة من قانون المرافعات أن يكون الطاعن طرفا فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المراد الطعن فيـه وأن يكون محكوما عليه بمعنى أن يكون متضمنا أمرا ضارا بـه ، بحيث يكون من شأنه إنشاء التزامات جديدة فى جانبه أو الإبقـاء علـى التزامـات يريد التحلل منها " [2] .

وتتوافر المصلحة فى الإستئناف لمن قبل تدخله أمام محكمـة أول

---

(١) - نقض مدنى ١٩٧٩/٥/٢ . ط ٦٤٣ . س ٤٨ ق .
- نقض مدنى ١٩٨٣/٥/٣٠. ط ١٥٣٧ س ٤٨ ق .
- نقض مجنى ١٩٧٦/٦/٢٣. ط ٧٥٧ س ٤٢ ق .

(٢) - نقض مدنى ١٩٨٦/١٢/٢٤ . ط ٥٢٠ س ٥٣ ق .
- نقض مدنى ١٩٨٣/٣/٢٨ . ط ١٠٠٩ . س ٤٨ ق .

درجة سواء كان تدخله انضماميا أو هجوميا ولو لم يستأنف الخصم الأصلى . وذلك لأنه يترتب على التدخل الإرادى بنوعيه صيرورة المتدخل بمثابة خصم فى الدعوى . ويكون الحكم الصادر فيها حجة له وحجة عليه ، فمن حقه الطعن فيه بطرق الطعن المقبولة شأنه فى ذلك شأن الخصوم الأصليين . وبناء عليه يجوز للمتدخل أمام اول درجة منضما لأحد الخصوم فى الدعوى حق استئناف الحكم الصادر فيها ولو لم يستأنفه الخصم الأصلى الذى انضم اليه (١) .

ويشترط من جهة أخرى لقبول الطعن بالإستئناف أن يكون الطاعن :

٢ - صاحب مصلحة قائمة وحالة فى الطعن بالإستئناف .

وهذا الشرط هو مايشترطه جمهور الشراح بصفة عامة لقبول الدعوى أو الطلب القضائى ، وهو مطلوب وضرورة لقبول الطعن بالإستئناف ويقصد بقيام المصلحة وحلولها فى مجال الطعن بالإستئناف أن يكون الحق أو المركز القانونى الذى يهدف الطاعن إلى حمايته قد اعتدى عليه أو حصلت له منازعة فيه ، فيتحقق بذلك ضرر يبرر طلب الحماية القضائية .

والواقع أن هذا الشرط يتجلى فيما يتعلق بالطعن بالإستئناف فى صورة الشك الذى يقوم حول مركز قانونى معين فيطلب الشخص من القاضى - قاضى الإستئناف - إزالة الشك والتجهيل الذى يحيط بالمركز القانونى المدعى ، أى يطلب الحكم بتقرير هذا الحق وثبوته بإزالة هذا الشك (٢) .

ويقصد بقيام المصلحة وحلولها فى هذا الصدد قيام الطاعن بالطعن

---

(١) نقض مدنى ١٩٨٠/٣/٢٥ . ط ٩٩٠ . س ٤٦ ق .

(٢) ابراهيم سعد . ص ١٥٩ - وإن كان هذا الفقيه يعالج شروط قبول الدعوى .

فى خلال الميعاد ، وعدم تنازله عن الحق فى الطعن ، وعدم قبوله الحكم الصادر من أول درجة لاصراحة ولا ضمنا ، وقد سبق لنا معالجة قبول الحكم فى الباب الأول من هذه الدراسة ، فلا مجال للعودة اليه مرة ثانية (١) .

ويشترط فى الطاعن أخيرا أن يكون :

٣ - صاحب مصلحة شخصية ومباشرة ، وهذا هو شرط الصفة الواجب توافره فى الطاعن حتى يكون الطعن بالإستئناف مقبولا .

ويقصد بتوافر الصفة فى الطاعن أن يوجد تطابق بينالمركز القانونى لرافع الطعن والمركز القانونى لصاحب الحق الذى خسر أمام أول درجة .

كما يشترط أيضا توافر الصفة فى المطعون ضده كما سوف نرى من بعد ، بمعنى أنه يشترط وجود تطابق بين المركز القانونى للمطعون ضده بالإستئناف، والمركز القانونى للطرف الذى كسب أمام أول درجة (٢)

. وعلى ذلك فلا يستطيع أحد أن يباشر دعوى لحساب غيره دون أن يكون مأذونا باستعمال هذه السلطة ، ويقصد بالدعوى هنا المعنى الواسع الذى يشمل الطعون . والصفة بهذا المعنى تتحقق فى الطعن بالإستئناف بأن يكون الطاعن طرفا فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المراد الطعن فيه بالإستئناف سواء بشخصه أو بمن يمثله ، على التفصيل السابق لنا دراسته عندما درسنا من له الحق فى الطعن بالإستئناف . والصفة بهذا المعنى يجب أن تتوافر فى الخصم وفى ذات الخصومة التى صدر فيها الحكم المراد الطعن فيه ، وذلك سواء كان هذا الخصم مدعيا أو مدعيا عليه ، أو مدخلا أو متدخلا فى الخصومة .

---

(١) ابو الوفا . الأحكام . ص ٨٢٥ وما بعدها .

(٢) GIVERDON : La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice. D. 1952. P. 88.

والصفة بهذا المعنى يجب أن تثبت بالنظر إلى درجة التقاضى التى صدر فيها الحكم المطعون فيه ، فإذا صدر – بناء على ذلك – حكم من محكمة أول درجة وطعن فيه بالإستئناف ، ولم يختصم أحد أطراف أول درجة فى خصومة الإستئناف فلا يكون خصما فى خصومة الدرجة الثانية (١) .

وقضى بناء على ذلك بأنه لاصفة فى الطعن فى الحكم . لمن تقرر إخراجه من الخصومة ، إذ بالإخراج يفقد صفة الخصم (٢) .

وصفة الخصم يعتد بها بالنظر الى الطلب الذى صدر بشأنه الحكم محل الطعن . وعلى ذلك فقد حكم بأن الشخص إذا كان قد أدخل فى الإستئناف فإنه يصبح طرفا فى الخصومة فيها ، ولو لم يكن طرفا فى الخصومة أمام أول درجة ، وتكون له بالتالى صفة فى الطعن فى الحكم الصادر فى الإستئناف (٣).

هذه هى الشروط الواجب توافرها فى الطعن بالإستئناف ، وقد رفضنا وجهة النظر التى ترى تعدد شروط قبول الطعن بالإستئناف ، وقلنا أن الشرط الوحيد لقبول هذا الطعن يتمثل فى ضرورة توافر المصلحة بأوصافها السابق لنا دراستها . والواقع أن مايراه الفقه من شروط مختلفة يتعين توافرها لقبول الطعن بالإستئناف ماهى إلا مجرد أوصاف يتعين توافرها فى شرط المصلحة . ومع ذلك فهناك شرط حائر فى الفقه هو شرط الأهلية . وسبب هذه الحيرة هو أن الفقه التقليدى يرى ضرورة توافر الأهلية لقبول الدعوى ولقبول الطعن ، ندرس هذا الشرط فيما يلى لنقول رأينا بصدده .

---

(١) فتحى والى . ص ٥٦٩ .

(٢) فتحى والى . ص ٥٦٩.

(٣) نقض مدنى ١٩٦٨/٤/٢. مجموعة النقض . س ١٩. ص ٧١٩.

٢٢٤ - الأهليـة ، وهل تعد شــرطا ضروريـا لقبـول الطعـن بالإستئناف ؟

يقصد بالأهلية صلاحية الشخص للقيام عمل إجرائى باسمه ولمصلحته ، ويجب أن يتوافر فى المدعى والمدعى عليه هذه الأهلية ، وتتحدد الأهلية بمحل الإدعاء فتكون أهلية تصرف أو إدارة وفقا لهذا الموضوع أو المحل [١].

وإذا لم تتوافر هذه الأهلية لأطراف الدعوى يجب أن يقوم بالإجراءات من يمثلهم قانونا .

والسؤال الآن هو هل الأهلية تعتبر شرطا لصحة المطالبة بالمعنى الواسع ، أم هى مجرد شرط لقبول هذه المطالبة .

وقبل الإجابة على هذا السؤال يتعين التفرقة بين أهلية الإختصام ، والأهلية الإجرائية . فكل من تثبت له أهلية الوجوب يكون أهلا للإختصام، وعلى ذلك فهذه الأهلية تثبت لكل شخص قانونى طبيعى أو اعتبارى .

أما الأهلية الإجرائية ، أى صلاحية الشخص لاتخاذ الإجراءات على وجه صحيح ، فهى تختلف عن أهلية الإختصام ، أى صلاحية الشخص لاعتباره خصما ، فأهلية اتخاذ الإجراءات تقابل أهلية الأداء أى صلاحية الشخص لمباشرة الخصومة باسمه ، سواء لمصلحته ، أو لمصلحة الآخرين .

ويتعين الرجوع بصدد هذه الأهلية إلى القانون الذى يحدد أهلية الأداء اللازمة لمباشرة الحق موضوع الدعوى فكلما توافرت للشخص أهـــلية الأداء بالنسبة الى الحق موضوع الدعوى كانت له اهلية التقاضى

---

(١) وجدى راغب . النظرية العامة للعمل القضائى . ص ٦١٦.

بالنسبة لهذا الحق [1] .

وللإجابة على السؤال الذى طرحناه بالنسبة للأهلية وهل تعد شرطا للقبول أم لصحة المطالبة ، فهناك رأى تقليدى يراها شرطا للقبول، بحيث يترتب على تخلفها الحكم بعدم قبول الطلب [2] .

بينما يرى رأى آخر - بحق - أن تخلف الأهلية أو تعييبها يجعل المدعى غير صالح للمطالبة القضائية ، كما يجعل ادعائه معيبا ، ولكن الأولوية المنطقية لمسألة صحة المطالبة وعلى هذا تبرز الأهلية كمقتضى فى صحتها [3] .

وبناء على ذلك فعدم توافر الأهلية لدى رافع الدعوى لايمنع من قبولها ، ولكن إجراءات الخصومة تكون باطلة ، وبعبارة اخرى فقد يتوافر لدى الشخص الحق فى الدعوى دون أن يكون اهلا لمباشرتها ، وفى هذه الحالة يجب أن تتخذ الإجراءات المكونة للخصومة بواسطة ممثل قانوني وإلا كانت إجراءات الدعوى باطلة [4]. وعلى ذلك فرفع الدعوى من فاقد الأهلية أو عليه يؤدى إلى بطلان الخصومة . ويرى البعض أنه يجوز التمسك ببطلان الخصومة والحكم الصادر فيها بسبب فقد الأهلية على صورة استئناف استثنائى عملا بنص المادة ٢٢١ مرافعات [5] .

ومن جهة اخرى فإنه وإن كان الأصل أن البطلان المترتب على تخلف الأهلية مقرر للناقص الأهلية ، إلا أنه لما كان مما ينافى العدل أن

---

(١) كمال عبدالعزيز . ص ٥٢ .

(٢) - عبدالباسط جميعى . المرافعات . ص ٢٧٧ .
- عبدالخالق عمر . فكرة عدم القبول - رسالة بالفرنسية . ص ١٦١.
- عبدالوهاب العشماوى ومحمد العشماوى . جـ ١ . ص ٥٨٩.

(٣) وجدى راغب . المرجع السابق . ص ٦١٦ .

(٤) ابراهيم سعد . المرجع السابق . ص ١٨١ .

(٥) ابو الوفا . المرافعات . ص ١١٠ هامش (١) .

يجبر الطرف الآخر على السير فى خصومة مهددة بالإبطال ، فإنه يكون لهذا الطرف أن يتمسك بعدم الأهلية . ومع ذلك فلما كانت المصلحة هى مناط الدفع فإنه لايقبل منه ذلك متى زال العيب الذى شاب الأهلية أثناء نظر الدعوى إذ بزواله تصح الإجراءات من بدايتها (١) .

وفيما يتعلق بالطعن بالإستئناف ، فإن الأهلية تعتبر شرطا لصحة الطعن وليست شرطا لقبوله . وعلى ذلك فيجب أن يكون الطاعن صالحا للقيام بإجراء الطعن باسمه لصالحه ، أو لصالح غيره ، وهذه هى الأهلية الإجرائية . وهى ترتبط كما سبق القول بأهلية الأداء . ومن لاتتوافر له هذه الأهلية يقوم غيره بموالاة الطعن نيابة عنه . وبالنسبة للأشخاص المعنوية التى لها الشخصية القانونية فيقوم بتمثيلهم من ينوب عنهم قانونا .

ويشترط لصحة الطعن الذى يرفعه النائب عن صاحب الحق أن يكون تقديم الطعن داخلا فى حدود السلطة المخولة له شرعا أو قانونا أو اتفاقا (٢) . والبطلان المترتب جزاء على عدم توافر الأهلية فى شخص القائم بإجراء الطعن هو بطلان من النظام العام .

ويتعين الإشارة إلى وجوب أن يذكر من يعمل باسم غيره نائبا عنه بجانب اسمه وصفته ومحل اقامته اسم من ناب عنه وصناعته وصفته ومحل اقامته كذلك حتى تعود حقوق الطعن الى الأصيل نفسه . ويجوز بناء على ذلك للقاصر الذى بلغ سن الرشد رشيدا أن يطعن فى الحكم الصادر فى الدعوى التى كان يمثله فيها الولى أو الوصى .

وحكم بأن أطراف الخصومة فى الإستئناف تتحدد بالحكم الصادر من محكمة أول درجة فلا يجوز للمستأنف أن يختصم فى صحيفة الإستئناف من لم يكن طرفا فى الدعوى لأن ذلك يعد بدءا لدعوى جديدة

---

(١) نقض مدنى ١٩٥٥/٦/١٦. مجموعة النقض . س ١٦ . ص ١٢٥٦.

(٢) - نقض مدنى ١٩٦٩/١١/١١. مجموعة النقض . س ٢٠ . ص ١١٨٠.

- نقض مدنى ١٩٧٠/١١/١٠ . مجموعة النقض . س ٢١ . ص ١١٢٥.

لدى محكمة الدرجة الثانية مما يخالف قواعد الإختصاص ومبدأ التقاضى على درجتين [1] .

والقاعدة هى أن الخصومة فى الإستئناف تتحدد بالأشخاص الذين كانوا مختصمين أمام محكمة أول درجة سواء كانوا مدعين أو مدعى عليهم ، أو مدخلين أو متدخلين ، بشرط أن يكونوا خصوما حقيقيين ، وفى ذلك تقول محكمة النقض : " الخصومة فى الإستئناف تتحدد بالأشخاص الذين كانوا مختصمين أمام محكمة الدرجة الأولى سواء كانوا مدعين أو مدعى عليهم أو مدخلين أو متدخلين فى الدعوى . والمناط فى تحديد الخصم هو بتوجيه الطلبات فى الدعوى ، فلا يكفى مجرد المثول أمام محكمة الدرجة الأولى دون أن يكون للطرف الماثل طلبات قبل صاحبه أو لصاحبه طلبات قبله حتى يعتبر خصما بالمعنى الذى يجوز معه توجيه الدعوى اليه فى المرحلة الإستئنافية ، فإذا تم الإختصام على خلاف ذلك أمام محكمة الإستئناف فإنه يعد بدءا بدعوى جديدة أمامها مما يخالف قواعد الإختصاص ومبدأ التقاضى على درجتين [2] .

وبناء على ذلك قضى بأن تدخل الحارس القضائى فى دعوى الحارس السابق ، بقاء الحارس السابق فى الخصومة يدافع عن حق المتدخل بقصد درء مسئوليته ، صيرورته خصما منضما للحارس المتدخل له بوصفه خصما منضما للمدعى - المتدخل - أن يستأنف معه الحكم الصادر فى الدعوى [3] .

ولايجوز أن يختصم فى الإستئناف من لم يصح اختصامه أمام

---

(١) - نقض ١٩٨٥/١٠/٣٠ . ط ٦٣ س ٥١ ق .
- نقض ١٩٦٦/٥/٢٤ . طعن ١٦٧ . س ٣١ ق .
(٢) - نقض مدنى ١٩٧٩/١/٨ . ط ٥٤٤ . س ٤٥ ق .
- نقض مدنى ١٩٨٥/١٢/٣٠ . ط ٦٣ . س ٥١ ق .
(٣) نقض ١٩٦٨/٣/٢٨ . ط ٢٧٦. س ٣٣ ق .

محكمة أول درجة . وعلى ذلك ووفقا للمادة ١١٧ مرافعات فإنه يجوز للخصم أن يدخل فى الدعوى من كان يصح اختصامه فيها عند رفعها ، ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى بإيداع صحيفة الإدخال قلم كتاب المحكمة ، ويترتب على مخالفة ذلك أن تقضى المحكمة ومن تلقاء نفسها بعدم قبول مخالفة ذلك أن تقضى المحكمة ومن تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى قبله باعتبار أن ذلك الطريق الذى رسمه القانون لطرح المنازعة أمام القضاء هو مما يتعلق بالنظام العام . لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الطاعنة قد قامت باختصام المطعون ضده الرابع أمام محكمة أول درجة بإبداء طلبها فى مواجهته بجلسة المرافعة دون اتباع الطريق المقرر قانونا لرفع الدعوى ، ومن ثم لايعد خصما مدخلا فى الدعوى فى هذه المرحلة من التقاضى ، وإذا استأنفت الطاعنة الحكم الصادر من اول درجة مختصمة المطعون ضده الرابع ، وكانت الخصومة فى الإستئناف وفقا للمادة ٢٣٦ مرافعات قاصرة على من كان خصما أمام أول درجة ، ومن ثم فإن اختصامه أمام محكمة الإستئناف يكون غير جائز [١] .

ومن جهة اخرى لايوجب القانون أن يشتمل الإستئناف كل من كان مختصما فى الدعوى أمام محكمة أول درجة ولو كان المحكوم عليهم متعددين وأيا كان موضوع الدعوى .

وفى حكم لمحكمة النقض حكمت بأنه إذا رفعت الدعوى بطلب الحكم على المدعى عليهما بالتضامن فإن كلا منهما يكون مستقلا عن الآخر فى الخصومة وفى مسلكه فيها والطعن علي مايصدر فيها من أحكام.

وإذا ماانتهينا من الشروط الواجب توافرها فى الطاعن فإننا ننتقل

---

(١) - نقض ١٩٨٨/٤/١٣ . ط ١٣٢ . س ٥١ ق .
- نقض ١٩٧٧/٦/٢٧ . ط ٨٠١. س ٤٣ ق .

إلى المطلب الثانى من هذا المبحث لدراسة المركز القانونى للمطعون ضده بالإستئناف .

المطلب الثانى

فى المطعون ضده بالإستئناف

٢٢٥ - إحالـــة:

ليس هناك جديدا يقال بصدد الشروط الواجب توافرها فى المطعون ضده بالإستئناف . فنفس الشروط السابق دراستها بالنسبة للطاعن ، يجب توافرها بشكل عكسى بالنسبة للمطعون ضده . فهى شروط موحدة كوجهى العملة . وعلى ذلك ، وفى نطاق القانون المصرى، فإنه يشترط فى المطعون ضده شرط المصلحة بأوصافها القانونية .

فيجب أن تكون المصلحة قانونية بالمعنى العام والشامل لهذا المصطلح .

ويقصد بهذه المصلحة القانونية ، أن يكون للمطعون ضده مصلحة تسوغ له الدفاع عن الحكم المطعون فيه ، ويكون الأمر كذلك إذا كان قد قضى له بكل طلباته ، أو ببعضها . وبناء على ذلك فقد حكمت محكمة النقض بعدم قبول الطعن ضد من لم تنعقد الخصومة فى الإستئناف بالنسبة له انعقادا حقيقيا [1] .

وقضت بعدم قبول الطعن ضد من لم يقض له أو عليه فى الإستئناف [2] . وبعدم قبول الطعن ضد من حكم بإخراجه من الدعوى

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٢/٤/١٤. مجموعة النقض . س ٢٣. ص ٦٣٥.

(٢) نقض مدنى ١٩٧١/١٢/١٤. مجموعة النقض . س ٢٢. ص ١٠١٣.

لانتفاء صلته بالنزاع (١) . وبعدم قبول الطعن ضد من لم يختصم فى الدعوى (٢) . وبعدم قبول الطعن ضد من لم توجه اليه طلبات ما أمام محكمة الموضوع (٣) . كما يشترط فى المطعون ضده أن تكون مصلحته قائمة وحالة فى توجيه الطعن اليه ، بمعنى أن يكون قد أفاد من الوضع القانونى المطعون فيه ، وأن تكون هذه الفائدة قائمة لم يحدث تنازل عنها.

وعلى ذلك فلا يعتد بمصلحة للطاعن إلا إذا وجه طعنه لخصم أفاد من الوضع الناشئ عن الحكم المطعون فيه . وبالتالى تكون له مصلحة قائمة وحالة فى الدفاع عن هذا الحكم والمطالبة برفض الطعن فيه . وعلى ذلك يتعين الحكم بعدم قبول الطعن الموجه الى من لم تكن للطاعن قبله طلبات أمام المحكمة التى اصدرت الحكم . ولم يكن له هو طلبات قبل الطاعن كذلك (٤) .

ويرى البعض أنه إذا رفضت المحكمة مطلوب خصم وقضت عليه بغرامة لصالح الخزانة العامة . وطعن هو فى الحكم الصادر بالغرامة وحده ، هنا يرى هذا الفقه أنه لاتتوافر فى المطعون ضده مصلحة قائمة وحالة فى اعتباره مطعونا عليه . ويتعين فى هذه الحالة اختصام ممثل الخزانة العامة ، اعتبارا بأنه هو الذى يتولى حفظ حقوقها (٥) .

والواقع أننا نقول بعكس هذا الرأى فخصم الطاعن ، تكون له مصلحة قائمة وحالة فى الدفاع عن حكم الغرامة ، لأن هذا الخصم كانت له هذه الصفة بالنسبة للإدعاء الأصلى الذى بمناسبته صدر حكم الغرامة هذا ، هذه الصفة تثبت بالنسبة لكافة الأحكام الصادرة بالنسبة لهذا الإدعاء .

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٢/٥/١٣. مجموعة النقض . س ٢٣. ص ٩٠٥.
(٢) نقض مدنى ١٩٧٢/١/٢٠. مجموعة النقض . س ٢٣ . ص ٤٧٧.
(٣) نقض مدنى ١٩٧٢/٥/١٦. مجموعة النقض . س ٢٣ . ص ٩٣٣ .
(٤) ابو الوفا . الأحكام . ص ٨٥١.
(٥) ابو الوفا . الأحكام . ص ٨٥٢.

ولو كانت بالغرامة . بل أكثر من هذا ، فإن اختصام ممثل الخزانة العامة لأول مرة أمام محكمة الطعن لهو مخالفة لمبدأ التقاضى على درجتين . وإهدار لمبدأ نسبية الأثر الناقل للإستئناف .

وبالإضافة إلى هذه الأوصاف الواجب توافرها فى المصلحة بالنسبة للمطعون ضده ، فإنه يشترط حتى يكون الطعن مقبولا ، أن تكون هذه المصلحة شخصية ومباشرة ، بمعنى أن يكون المطعون ضده طرفا أو ممثلا فى الخصومة التى انتهت بإصدار الحكم المطعون فيه بالإستئناف .

ومعنى ذلك أنه يجب فى المطعون ضده أن يكون طرفا حقيقيا فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه ، وأن يختصم فى الطعن بذات صفته التى كانت له فى تلك الخصومة (١). وبالتالى فلا يجوز أن يختصم فى الطعن من لم يكن خصما فى النزاع أمام المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه (٢). وإذا توفى الخصم أو فقد أهليته للخصومة أو زالت صفته وجب توجيه الطعن الى ورثته أو من يقوم مقامه، وإن كان قاصرا ثم بلغ سن الرشد وجب أن يختصم هو دون من كان يمثله .

وإذا كانت القاعدة أنه لايلزم شمول الطعن كل من كان خصما فى الدعوى التى صدر فيها الحكم المطعون فيه ، إلا أنه عملا بالمادة ٢١٨ من قانون المرافعات والتى سنتناولها من بعد ، فإذا كان الحكم صادرا فى موضوع غير قابل للتجزئة ، أو فى التزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون فيها أختصام اشخاص معينين ، وكان الطعن قد رفع على أحد المحكوم لهم وجب اختصام الباقين ولو بعد فوات الميعاد بالنسبة اليهم (٣).

---

(١) نقض مدنى ١٩٥٥/١/١٣. مجموعة النقض . س ٦ . ص ٤٦٧.

(٢) نقض مدنى ١٩٦١/٤/٢٠ مجموعة النقض . س ١٢ . ص ٣٩٢.

(٣) نبيل عمر . دراسات فى فلسفة قانون المرافعات . المرجع السابق . ص ٤٠ .

ولامجال في هذا الوضع للقول بنيابة المسئولين بالتزام تضامني عن بعضهم البعض في إجراءات الخصومة واعتبار الإستئناف المرفوع من أحدهما بمثابة استئناف مرفوع من الآخر (١) .

وحكم بأنه إذا انفرد بعض المحكوم عليهم باستئناف الحكم إذا كان موضوع النزاع غير قابل للتجزئة ، فإن المستأنفين يستفيدون من استئنافهم (٢) .

ويستثنى من ذلك حالة التعدد الإجباري في الإستئناف حيث يوجب القانون الموضوعي أن يختصم في الإستئناف كافة الأطراف كالشأن في دعوى الشفعة أو دعوى القسمة ، وفي هذه الحالة يترتب على إغفال المستأنف اختصام باقي سائر الأطراف سواء كانوا من المحكوم عليهم أو المحكوم لهم أو بطلان اختصامهم .

بطلان الإستئناف وعدم قبوله :

ولايوجب القانون من ناحية أخرى على المستأنف في غير حالات التعدد الإجباري في الإستئناف أن يختصم باقي المحكوم عليهم المتعددين ، أو سائر المحكوم لهم المتعددين .

فوفقا لمبدأ نسبية آثار الإجراء وطبقا للمادة ٢١٨ مرافعات فإن الطعن لايفيد منه إلا من رفعه ، ولايحتج به إلا على من رفع عليه .

ويجوز قانونا أن يرفع الإستئناف من غير المحكوم عليه متى كان الحق المتنازع عليه قد آل إلى المستأنف بعد رفع الدعوى . وقد حكم بناء على ذلك بأن : " يجوز قانونا أن يرفع الإستئناف من غير المحكوم عليه

---

(١) - نقض ١٩٥٨/١/٢٣. ط ٣٩٩ . س ٢٣ ق .
- نقض ١٩٧٥/٢/٥ . طز . ٤٤٥. س ٣٨ ق .
- نقض ١٩٧٩/٩/٢٤ . ط . ٦١٩٠ س ٤٤ ق .
(٢) نقض ١٩٨٤/١٢/٢٠. ط. ٨٠٨ . س ٤٩ ق .

إذا كان الحق المتنازع عليه قد آل إلى رافع الإستئناف بعد رفع الدعوى . وإذن فرفع الدعوى من المدعى على المدعى عليه باعتباره مالكا للعين المتنازع عليها قبل أن يقفها لايمنعه بعد وقفها من أن يرفع بصفته ناظرا استئنافا عن الحكم الإبتدائى وأن يدافع لدى الإستئناف على هذا الأساس . ويكون الحكم فى هذا الإستئناف صادرا فى مواجهة ممثل الوقف .

كما حكم بأنه لئن كان الأصل أن أطراف الخصومة فى الإستئناف تتحدد بمن كان خصما فى الدعوى أمام محكمة أول درجة إلا أنه يجوز قانونا أن يرفع الإستئناف أو يختصم فيه غير من صدر الحكم ضده وذلك إذا كان الحق المتنازع عليه قد آل اليه بعد صدور الحكم المستأنف أو بعد الإستئناف باعتباره خلفا عاما أو خلفا خاصا (١) .

وحكم بأن المدين يعتبر ممثلا لدائنه العادى فى الخصومات التى يكون المدين طرفا فيها فيفيد الدائن من الحكم الصادر فيها لمصلحة مدينه، كما يعتبر الحكم على المدين حجة على الدائن فى حدود ما يتأثر بالحكم حق الضمان العام الذى للدائن على أموال مدينه . كما أن للدائن ولو لم يكن طرفا فى الخصومة بنفسه أن يطعن فى الحكم الصادر فيها بطرق الطعن العادية وغير العادية بالشروط التى رسمها القانون لأطراف الخصومة التى انتهت بالحكم فيه (٢) .

وكذلك يجوز رفع الإستئناف على غير المحكوم له متى كان الحق المتنازع عليه قد آل للمستأنف عليه بعد رفع الدعوى باعتباره خلفا عاما أو خاصا . وشرط هذه الحالة هو أن يكون الحق موضوع الدعوى قد آل إلى المستأنف عليه بعد رفع الدعوى الصادر فيها الحكم المطعون عليه باعتباره خلفا عاما أو خاصا للمحكوم له (٣) .

---

(١) نقض مدنى ١٩٨٥/٤/٢٣ . ط ٦١ . س ٥٢ ق .
(٢) نقض ١٩٦٤/١٢/٣١. طعن ١٦ س ٣٠ ق .
(٣) نقض مدنى ١٩٧٨/٥/١٥ . ط ٢٩٣ س ٤٢ ق .

ويشترط لقبول الإستئناف أن يرفع من المستأنف بذات الصفة التى كان متصفا بها عند صدور الحكم المستأنف ولو كان ينازع فيها والعبرة فى توالر الصفة هى بحقيقة الواقع وتستقل محكمة الموضوع باستخلاصها وفى ذلك تقول محكمة النقض : " يشترط لقبول الطعن من الطاعن أن يكون فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه وبذات الصفة التى كان متصفا بها . وأن العبرة فى توافر الصفة فى الطعن هى بحقيقة الواقع (١) .

ويتعين أن يبقى للمستأنف عند رفع الإستئناف الصفة التى كانت له عند صدور الحكم المستأنف ، فإن زالت عنه قبل رفع الإستئناف فلا يقبل منه لأنه لم يعد ممثلا فى هذه الخصومة . كما لايقبل الطعن ممن كان ممثلا لغيره إذا مارفع بالصفة الشخصية لهذا الممثل لأنه لم يخاصم أو يختصم بهذه الصفة فى الدعوى الصادر فيها الحكم (٢) .

ويتعين ألا يخل تصحيح الصفة بمواعيد الإستئناف .

وحكم بناء على ذلك بأنه : " إن الخصومة فى الإستئناف تتحدد وفقا للمادة ٢٣٦ مرافعات بالأشخاص الذين كانوا مختصمين أمام محكمة الدرجة الأولى وبذات صفاتهم وأن تصحيح الصفة وفقا للمادة ١١٥ مرافعات يجب أن يتم فى الميعاد المحدد ، وألا يخل بالمواعيد المحددة لرفع الدعوى " (٣) .

ولاينال من سلامة الإستئناف الخطأ فى بيان ممثل الشخص الإعتبارى. وحكم بناء على ذلك بأن : " للشركة شخصية اعتبارية مستقلة عن شخصية من يمثلها . فإذا كان الإستئناف موجها منها باعتبارها الأصيلة فيه المقصودة بذاتها فى الخصومة دون ممثلها فإن ذكر اسمها

---

(١) نقض مدنى ١٩٨٨/٣/٢٨ . ط ٢٤١٥ س ٥٢ ق .

(٢) نقض مدنى ١٩٨٠/٣/١٣ . طعن ٩٩ س ٤٥ ق .

(٣) نقض مدنى ١٩٨٧/٤/١. ط ١٢٠٤ س ٥٢ ق .

المميز لها عن غيرها فى صحيفة الإستئناف والحكم يكون كافيا لصحتها فى هذا الخصوص وبالتالى فلا يعتد بالخطأ الواقع فى صفة هذا الممثل (١)

ولا يعتبر اختصام صاحب الصفة إدخالا لخصم جديد وفقا للمادة ١١٥ مرافعات بعد تعديلها بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ (٢).

ولا ينال من صحة الإستئناف إغفال بيان صفة المستأنف فى صحيفة الإستئناف طالما أن ماورد بها يفصح عن أنه أقام الإستئناف بذات الصفة التى اختصم بها أمام محكمة أول درجة .

ويتحدد القانون الواجب التطبيق على إجراءات الإستئناف وتحديد نوع المحكمة التى تنظره وكيفية تشكيلها بنوع الحكم المستأنف وجهة صدوره دون نظر لنوع المسألة التى صدر فيها الحكم المستأنف .

ويرجع بصدد الأهلية بالنسبة للمطعون ضده إلى ماسبق قوله بالنسبة للطاعن مع ملاحظة مركز المطعون ضده .

وهذه الشروط جميعها يجب أن تقدر لحظة صدور الحكم المراد الطعن فيه . ويلاحظ أنه يتعين على محكمة الطعن أن تتحقق من تلقاء نفسها من توافر شروط الطعن ومدى اختصاصها بنظره .

ومن جهة أخرى فإن كافة الشروط التى يلزم توافرها لقبول الطعن تتعلق بالنظام العام ، وعلى المحكمة التحقق من توافرها من تلقاء نفسها .

وننتقل الآن إلى عرض دراسة تفصيلية لمركز الغير بالنسبة للطعن بالإستئناف ، مع فرز المراكز المختلفة وتحديد من منها يشغل مركز الغير وبالتالى يتحدد وضعه بالنسبة لخصومة الإستئناف ، ومن لايعتبر كذلك وإنما يعتبر خصما أو ممثلا فى الخصومة التى انتهت بإصدار الحكم المطعون فيه ، بالتالى ندرس مركزه فى خصومة

---

(١) نقض ١٩٦٦/٤/١٤ . ط ٣٧٠ . س ٣١ ق .
(٢) نقض ١٩٨١/٣/١ ط ١٧ . س ٤٠ ق .

الإستئناف مع بيان الأداة الفنية التى عن طريقها يمكن جذب هؤلاء الأشخاص أمام محكمة الدرجة الثانية .

أما الآثار المتولدة من تواجد هؤلاء الأشخاص داخل خصومة الإستئناف وبالذات أثر هذا التواجد على نطاق الأثر الناقل للإستئناف فسوف يتم تناولها فى الباب الثالث والأخير من هذا المؤلف .

المطلب الثالث

تحديد فكرة الغير بالنسبة لخصومة الإستئناف

٢٢٦ – دراسة المركز القانونى للغير فى نطاق قانون المرافعات بوجه عام ، وبالنسبة للطعن بالإستئناف بوجه خاص ، هى دراسة هامة.

وأهمية هذه الدراسة ترجع الى عدم تحديد فكرة الغير فى النطاق القانونى الإجرائى بشكل دقيق حتى الآن . ومن جهة أخرى فمن المعروف أن إجراءات المرافعات لها أثر نسبى بمعنى أن آثارها لاتسرى فى مواجهة الغير ، بل فى مواجهة الأطراف الذين اتخذوا هذه الإجراءات ، والأطراف الذين اتخذت الإجراءات فى مواجهتهم .

دراسة فكرة الغير ، تتطلب منا أن نتناول المسائل الآتية :

الفرع الأول : تحديد فكرة الغير .

الفرع الثانى : دراسة مركز بعض الأشخاص لمعرفة هل هم من الغير أم من الأطراف . هذه الدراسة هامة لأن نظام التدخل والإختصام فى قانون المرافعات لايسرى إلا بالنسبة لمن يعتبر من الغير .

وننتقل الآن إلى الدراسة التفصيلية لهذه المسائل .

الفــرع الأول

تحديــد فكــرة الغيـــــر

٢٢٧ - تحديد فكرة الغير بوجه عام فـى قـانون المرافعـات يثـير العديد من المشاكل .

سـبب هـذه المشـاكل يرجـع إلـى أن الدراسـات التـى كرسـت لهـذه الفكرة كانت تنظر اليها على اساس أنها فكرة وظيفيـة ، أى تلعـب وظيفـة من نوع معين داخل نظام قانونى معيـن . وعلـى ذلـك فـالبحث عـن فكـرة الغير فى نطاق قانون المرافعات يرجع فيه إلى نظام حجية الشئ المقضـى به ، أو يرجع بصدده إلى الدراسـات الخاصـة بآثـار الأعمـال القضائيـة ، ويرجـع أيـا بصـدده إلـى نظـام الطعـن المسـمى بـاعتراض الخـارج عـن الخصومة La tierce opposition [1] .

كل من عالج فكرة الغير فى قانون المرافعات إذن ، عالجهـا مـن زاوية الدور الذى تؤديه داخل نظام قانونى معين ، ولم يعالجها فى ذاتها، ربما لأنها لاقيمة لها ، وإنما هذه القيمة تستمد من الدور الذى تلعبه داخـل نظام معين .

وفكرة الغير تثير لدينا العديد من الأفكار الهامة : فهى تثـير لدينـا العلاقة التـى توجـد بيـن رابطـة الحـق الموضوعـى والرابطـة الإجرائيـة ، وآثار الحماية القانونية والحماية القضائية ، والحماية التنفيذية . أكـثر مـن

---

(١) VINCENT . précis. p. 457.
MOREL. op. cit. p. 524.
D.TOMASIN. Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile. 1975. p. 95.
LOUIS BOYER : Les effets des jugements à l'égard des tiers. Revue Trimestrielle de droit civil 1952. p. 162.

ذلك فإن فكرة الغير تثير لدينا بصورة أكثر عمومية العلاقة التى توجد بين القاعدة القانونية المنظمة لأصل الحق ، والقاعدة القانونية الإجرائية التى تعمل mêttre en fonction الحماية القضائية وتصل بها إلى غايتها العملية بالتنفيذ الجبرى .

نعالج فيما يلى فكرة الغير فى نطاق قانون المرافعات ، ثم على ضوء مانصل اليه من نتائج نتولى فحص بعض المراكز القانونية لبعض الأشخاص لمعرفة هل هم يعتبرون من الغير أم هم فعلا أطراف فى الخصومة ، ومن ذلك ننتقل إلى دراسة دورهم كأشخاص فى خصومة الإستئناف .

وقبل ذلك لابد لنا أن نعالج فكرة الغير فى نطاق النظرية العامة للإلتزامات ، نظرا لأننا سبق لنا القول أن هناك صلة وثيقة بين القاعدة الموضوعية والقاعدة الإجرائية ، كما سوف يتكشف لنا من بعد .

٢٢٨ - الآثار الناتجة عن العقد فى نطاق القانون المدنى لايمكن الإحتجاج بها فى مواجهة الغير . ويقصد بالغير فى هذا المجال كل من لايعتبر طرفا فى العقد أو ممثلا فيه ، كالخلف الخاص أو العام للمتعاقدين. فى مواجهة هذا الغير تطبق قاعدة نسبية آثار العقود .

وهذه القاعدة الأخيرة تعنى أن الغير لايمكن أن يصيروا دائنين أو مدينين بناء على العقد الذى تم ابرامه بواسطة الأطراف .

ومع ذلك ورغم هذه القاعدة ، فمثل هذا العقد من الممكن أن يولد بالنسبة لهذا الغير آثار غير مباشرة . فالعقد بعد ابرامه يكون قد أنشأ فى الواقع مركزا قانونيا بين الأطراف . وإذا كان الغير لايلتزم بهذا العقد ولا يكتسب منه حقوقا - كقاعدة عامة - إلا أنهم لايستطيعون فى الواقع إنكار وجود هذا المركز القانونى الناشئ عن العقد وذلك فيما بين الأطراف. وأساس ذلك يرجع إلى أن العقد والمركز القانونى الناشئ عنه يحتج بهما فى مواجهة الغير باعتبارهما واقعة Res inter alias acta

مـن الممكـن أن يولـد مركـزا قانونيـا مطلقـا une situation juridique absolue هذا الإطلاق لهذا المركز القانونـي يؤدى إلـى إمكـان الإحتجـاج به فى مواجهة الغير كافة . مثل ذلك العقد الناقل أو المنشئ لحق عينـى . فالمالك الجديـد لهـذا الحـق أو صاحـب الحـق العينـي يستطيـع الإحتجـاج بعقده - بشرط مراعاة قواعد الشهر - فى مواجهة الكافة erga omnes. ومن قضاء المحاكـم فى هـذا الصدد ماذهبت اليه بعض الأحكـام مـن أنـه فى دعوى الإستحقـاق (للحـق العينـى) فـإن العقـد الناقـل لهـذا الحـق (حـق الملكيـة) مـن الممكـن أن يستخـدم كسنـد يحتـج بـه فـى مواجهـة الغير [١] .

وأيضا فإن الحائز حسن النيـة لحـق عينـى يستطيع التمسـك بعقـده ولو لم يكن المالك الحقيقى هو الذى أبرمه [٢] .

ومـن جهـة أخـرى فإن العقـد من الممكـن أن يكـون مصـدرا للمعلومـات بالنسـبة للغير [٣] le contrat source de renseignement pour le tiers

مثال ذلك إذا قـام مشـترى بشـراء سـلعة مقلـدة ، ورفعـت دعـوى على هذا المشترى من جانب صاحب الحـق فـى بـراءة الإخـتراع الخاصـة بهذه السـلعة ، ثـم عقـد صلـح بينهمـا لتحديـد مقـدار التعويـض . وبمـا أن المشترى كان يسـتفيد مـن شـرط الضمـان ، فإنـه يسـتطيع الرجـوع علـى البائع الذى يعتبر من الغير بالنسبة لعقد الصلـح للحصـول منـه علـى مبلـغ التعويض الذى دفعه المشترى . هنا نجد أن عقد الصلـح لايحتـج بـه علـى الغير إلا باعتباره محددا لمقدار الضرر .

---

(١) ALEX WEILL. Droit civil. les obligation. Dalloz. 1971. p. 544.
(٢) Civ. 22/6/1864. D.P. 1864. I - 912.
(٣) Civ. 25/7/1866. D.p. 1866. I - 309.
Req. 27/7/1896. D.p. 1866. I - 421.

كل هذه الآثار تتولد عن العقد فى مواجهة الغير باعتبار هذا العقد منشئا لمركز قانونى .

٢٢٩ - وبالنسبة للغير فى قانون المرافعات ، فالفقه السائد يرى أن الغير بالنسبة للقانون الإجرائى هو كل من لايعتبر طرفا فى الخصومة محل الإعتبار ، سواء بنفسه أو بواسطة من يمثله . هذا الغير يستطيع أن يلتزم جانب السلبية الكاملة اعتمادا على نسبية آثار الأعمال الإجرائية . ومع ذلك فهذا الغير من الممكن أن يؤثر على الحكم الصادر فى هذه الخصومة عن طريق استخدامه لبعض الأنظمة القانونية الإجرائية التى لايستطيع استخدامها الأ من تثبت له صفة الغير كنظام التدخل الإختيارى أو الإجبارى ، كما أن لهذا الغير فى القانون الفرنسى أن ينتظر حتى يصدر الحكم ، فإن وجد أن هذا الحكم مجحفا بيه فإن له مهاجمته عن طريق الطعن فيه بوسيلة اعتراض الخارج عن الخصومة .

ويرى البعض فى مصر [1] أن فكرة الغير هى فكرة سلبية ، فهو ليس طرفا . كما يرى هذا البعض أن المعنى الواجب إعطاؤه لفكرة الغير فى مجال التنفيذ الجبرى يختلف عن المعنى الواجب تكريسه لهذه الفكرة فى مجال الخصومة العادية .

فالغير فى مجال الخصومة العادية ، أى التى بمناسبتها يصدر الحكم ، هو كل من لم يمثل فى الخصومة ، وهو يفهم بمعنى إجرائى بحت. أما فى التنفيذ فالغير قد يشترك فى إجراءاته . وهذا الإشتراك يتم بشرط أن يكون هذا الغير شخصا آخر غير طالب التنفيذ وغير المنفذ ضده حتى تتوافر له صفة الغير . ورغم أن هذا الشخص يعتبر من الغير بالنسبة للحق فى التنفيذ فإنه يصبح طرفا فى خصومة التنفيذ باشتراكه فيهـا.

---

(١) فتحى والى.التنفيذ الجبرى . ص ١٤١- نبيل عمر . إجراءات التنفيذ. ص ٣٥٠

والواقع أن التزام غير طرفى الحق فى التنفيذ بالإشتراك فى إجراءاته يرجع إلى قيام صلة قانونية بمال المنفذ ضده الذى يجرى عليه التنفيذ [1] . والمركز القانونى للغير فى نطاق قانون المرافعات يجب النظر اليه فى زمانين مختلفين ، فى الأول : يتحدد الغير بالمعنى السابق طرحه قبل أن يشتبك فى الخصومة القائمة بين الأطراف ، وفى هذه الحالة يعتبر الغير هو كل شخص ليس طرفا فى الخصومة أو ممثلا فيها بأى صفة . وفى الزمان الثانى ، بعد اشتباك هذا الشخص فى الخصومة القائمة وأيا كانت الأداة الفنية التى عن طريقها يتم ادخاله أو اشتباكه بها فى هذه الخصومة ، من هذه اللحظة يمكن اعتبار هذا الشخص خصما فى هذه الخصومة له ما للخصوم من حقوق ، وعليه ماعليهم من واجبات .

٢٣٠ - وبالنسبة لرابطة الحق الموضوعى ، والرابطة الإجرائية المتولدة عن أعمال الحماية القضائية بواسطة الطلب القضائى ، نتيجة الإعتداء على هذا الحق الموضوعى ، فإنه يجب ملاحظة أنه فى الرابطة الإجرائية لايلزم مطلقا - وكقاعدة عامة - أن يكون كل أطرافها هم أطراف رابطة الحق الموضوعى . بمعنى أنه قد يتعدد أطراف رابطة الحق الموضوعى ، ومع ذلك لايرفع النزاع أمام القضاء إلا من جانب بعضهم فقط ، وبالتالى نتواجد أمام المركز الآتى : رابطة موضوعية منتجة لآثارها بالنسبة لأطراف متعددين ، ويحدث اعتداء على هذه الرابطة ، هذا الإعتداء يشكل مصلحة تدفع الطلب القضائى ليعرض أمام القضاء ، عرض هذا الطلب يتم من جانب بعض أطراف هذه الرابطة فقط .

هنا باقى أطراف الرابطة ، كقاعدة عامة ، يعتبرون من الغير بالنسبة للمركز الإجرائى ، بالنظر لهذا المركز المركب ، فإننا نجد أطرافا بمعنى الكلمة فى رابطة الحق الموضوعى ، وهم أنفسهم يعتبرون

---

(١) فتحى والى . ص ١٤١.

من الغير بالنسبة للرابطة الإجرائية . والحكم الصادر فى الخصومة ، فى هذه الحالة بالذات ، يهدد مصالح البعض الذى لايعتبر خصما أو ممثلا أمام القضاء ، لذلك ابتدع الفن الإجرائى العديد من الوسائل المتعلقة بالفن القانونى تمكن هؤلاء " الأطراف - الغير " من الحد أو من هدم آثار الحكم الذى سوف يصدر فى مثل هذا النزاع وذلك فيما يتعلق بحقوقهم .

من ذلك نجد نظام التدخل والإختصام . وكذلك نظام حجية الشئ المقضى به ، ونظام الإعتراض من الخارج عن الخصومة ، ونظام نسبية آثار الإجراءات ، ونظام الإستئناف المثار بواسطة الإستئناف الأصلى الذى سوف ندرسه من بعض .

بعد هذا الإستعراض لفكرة الغير ننتقل الى فرز بعض المراكز القانونية لبعض الأشخاص لمعرفة هل هم يعتبرون من الخصوم ، وبالتالى يجوز لهم الطعن بالإستئناف ، أم هم الغير وبالتالى لايجوز لهم الطعن بهذا الطريق .

الفرع الثانى

دراسة تحديدية لمركز بعض الأشخاص

لمعرفة هل هم من الغير أم من الأطراف

٢٣١ - هل يمثل المدين الكفيل ، وهل العكس صحيح ؟

الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام ، بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه ، ومن هذا التعريف يتبين أن عقد الكفالة هو عقد رضائى ملزم لجانب واحد ، وأنها عقد تابع وهو من عقود التبرع [١]. ومع ذلك فقد يكون عقد الكفالة من عقود المعاوضات

---

(١) رمضان ابو السعود . الوسيط فى التأمينات الشخصية والعينية . جـ أول . ١٩٨٠ . ص ٣٥.

والكفالة الشخصية تختلف عن الكفالة العينية ، كالكفيل الشخصى يلتزم فى كل أمواله ، بينما الكفيل العينى وهو الذى يرهن مال له لدين على غيره ، فإن مسئوليته تتحدد بالشئ المرهون فحسب (١).

وفى العلاقة بين الدائن والكفيل ، فعلى الدائن أن يبدأ أولا بالرجوع على المدين . ويقصد برجوع الدائن على اللمدين أن يقوم الأول برفع الدعوى على المدين ، فلا يكفى انذاره أو التنبيه عليه بالوفاء ، وذلك عدا الحالات التى يكون الدائن معفيا فيها من رفع هذه الدعوى ، كما لو كان هناك محررا موثقا أو عقدا رسميا أو سندا تنفيذيا آخر غير الحكم القضائى ، وإذا ما أراد الدائن مطالبة الكفيل عند حلول الأجل بالوفاء فيجب أن يكون بيد الدائن سند تنفيذى فى مواجهة هذا الكفيل .

وبناء على ذلك فلا يجوز أن يعتمد الدائن فى مطالبته للكفيل على سند تنفيذى صادر ضد المدين (٢) . كل هذا صحيح فى الأحوال التى لايكون الكفيل فيها متضامنا مع المدين ، فمن طبيعة التضامن أنه يخول الدائن الحق فى أن يرجع على أى من المدينين مجتمعين أو منفردين . وتنص المادة ٧٨٨ من القانون المدنى على انه : " لايجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين " .

وإذا فشل الكفيل فى ررد مطالبة الدائن له وذلك عن طريق الدفوع التى خولها له القانون ، فلا يجد مناصا إلا أن يفى بالدين . وإذا ماتم الوفاء فإن للكفيل أن يرجع وفقا للمادة ٨٠٠ من اقانون المدنى على المدين بدعوى شخصية ، سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه ولكنه لم يعارض فيها . وبجانب هذه الدعوى الشخصية ، فإن الكفيل يتمتع كذلك بحق الحلول محل الدائن قبل المدين وذلك بدعوى الحلول .

القـــــاعدة إذا فى نطاق هذه الدراسة هى أنه رغم وحدة الرابطة

---

(١) رمضان ابو السعود . المرجع السابق . ص ٩٥.
(٢) رمضان ابو السعود . ص ١١٥ - ١١٦ - ١١٧ .

القانونية الموضوعية التى تربط بين الكفيل والمدين ، فإن كلا منهما لايمثل الآخر فى الخصومة المتولدة عن الدعوى المرفوعة على الآخر نظرا لنسبية إجراءات التقاضى .

وبناء على ذلك وبما أن للكفيل مصلحة فى الدفاع عن مصالح المدين الذى رفعت عليه الدعوى من جانب الدائن فإنه يستطيع التدخل منضما إلى جانب هذا المدين ، والتالى وبعد تدخله فإنه يعتبر خصما فى هذه الدعوى، ومن ثم فإنه يكون له الحق فى الطعن بالإستئناف فى الحكم الصادر فى هذه الدعوى .

ومن نافلة القول أن تؤكد على أنه يجوز رفع الدعوى من جانب الدائن على المدين والكفيل فى ذات الوقت وبالتالى يكون لأيهما الطعن فى الحكم الصادر فيها بالإستئناف .

٢٣٢ – هل يمثل الضامن المضمون ، وهل يمثل المضمون الضامن ؟

هنا أيضا تتجلى الصلة الوثيقة بين المراكز القانونية الموضوعية المتعلقة بأصل الحق والمراكز القانونية الإجرائية ، وهنا أيضا يظهر المركز القانونى المعقد للشخص الذى من الممكن أن يعتبر طرفا فى رابطة الحق ، ويعتبر رغم هذا غيرا بالنسبة لإجراءات الخصومة ، ونفصل ذلك فيما يلى :

دعوى الضمان من الممكن أن تكون أصلية ومن الممكن أن تكون فرعية .

ودعوى الضمان الأصلية لاتثير أية إشكالات فهى دعوى عادية تخضع للقواعد العامة من ناحية رفعها وإجراءاتها والطعن فى الحكم الصادر فيها .

ومثال ذلك أن يحدث تعرض لمشترى معين ، وتقام عليه أو منه دعوى ضد الشخص الذى يتعرض له فى حقه على الشئ المبيع ثم يصدر حكم ضد المشترى ولصالح المتعرض ، ويتم تنفيذ هذا الحكم . وبعد ذلك يقوم المشترى برفع دعوى جديدة فى مواجهة البائع (الضامن) .

أما دعوى الضمان الفرعية فيقصد بها قيام المضمون بتكليف ضامنه بالدخول فى الخصومة القائمة بينه وبين المتعرض (الغير) لسماع الحكم الصادر عليه . والهدف من هذه الدعوى هو جعل الحكم الصادر فى الدعوى الأصلية حجة فى مواجهة الضامن .

ودعوى الضمان الفرعية توجه عادة من المدعى عليه فى الدعوى الأصلية ، وقد يحدث أن يوجهها المدعى ، كما إذا رفع مشترى العقار دعوى على جاره يطالبه فيها بتقرير حق ارتفاق على عقاره ويدخل البائع باعتباره ضامنا لحق الإرتفاق . ولا يلزم إذن المحكمة لادخال الضامن .

ودعوى الضمان الفرعية تختلف عن الدعوى الأصلية المرفوعة على المضمون موضوعا وسببا وأطرافا ، وبالتالى فهى دعوى مستقلة عن الدعوى الأصلية ، وبناء على ذلك فإنها تقدر من حيث القيمة تقديرا مستقلا لمعرفة الإختصاص القيمى وقابلية الحكم الصادر فيها للإستئناف(١) وللمحكمة التى تنظر هذه المسائل أن تصدر حكما واحدا فى الدعوى الأصلية وفى طلب الضمان ، كما أن لها أن تقدم الحكم فى الدعوى الأصلية على الحكم فى دعوى الضمان إذا اقتضت ظروف الحال ذلك . وإذا أمرت المحكمة بضم طلب الضمان إلى الدعوى الأصلية ، يكون الحكم الصادر على الضامن حجة للمدعى الأصلى على الضامن ولو لم يكن قد وجه اليه طلبات . وإذا كان المضمون غير ملتزم فى مواجهة خصمه فى الدعوى الأصلية بأى التزام شخصى ، جاز لطالب الضمان أن يطلب إخراجه من الدعوى الأصلية . ولكن خروج طالب الضمان من

---

(١) العشماوى . جـ ٢ . ص ٨٦٤.

الخصومة الأصلية لايؤثر فى اعتبار الحكم الصادر فيها حجة لـه وحجـة عليه . كما أنه يظل خصما فى دعـوى الضمـان . وبنـاء علـى ذلـك فقد يحكم للمضمون بطلباته على الضامن إذا نجح المدعى الأصلى فى دعواه.

وبناء على ذلك يستطيع طالب الضمان أن يطعن بالإستئناف فـى الحكم الصادر فى الدعوى الأصلية وفى دعوى الضمان .

ويـرى البعض أن الأساس فـى ذلـك هـو قيـام الضـامن بتمثيـل المضمون فى هذه الدعاوى ، فالضامن هو نائب عن المضمون [1] .

والواقـع أن هذا الأسـاس هـو فـى نظرنـا ضعيـف ، فالنيابـة هنـا لاوجود لها ، فهى ليست نيابة قانونية ، وهى أيضا ليست نيابـة اتفاقيـة ، وهى ليسـت أخيرا نيابـة قضائيـة . ومـن جهـة أخـرى فهـى ليست نيابـة صريحة أو ضمنية .

وقيـام الضـامن بـدوره فـى مثـل هـذه الأحـوال مـاهو إلا انعكـاس لالتزامه بالضمان ، فقيام الضامن بالتواجد فى الخصومـة يرجـع إلـى أنـه بحسب الأصـل ملـزم بالضمـان ، تنفيـذ هـذا الإلـتزام لايتـم إلا إذا حـدث تعـرض ، بحـدوث هـذا التعـرض يختصـم الضـامن ، باختصامـه يصـير طرفا حقيقيا فى هـذه الخصومـة . وبنـاء علـى هـذه الصفـة يثبـت لـه كـل مايثبت للأطراف من حقوق والتزامـات ومنهـا إمكانيـة الطعـن بالإستئناف فى الحكم الصادر .

ودليـل ذلـك أن الضـامن يملـك الطعـن علـى الحكـم الصـادر فـى الدعوى الأصلية ولو لم يوجه اليه الخصم فيهـا طلبـات ، لأن فـى مجـرد وجود الضامن فى الخصومـة هـو اعمـال لالتزامـه بالضمـان ، والمدعـى الأصلى مارفع دعواه الأصليـة إلا لأنـه ينـازع فـى هذا الإلـتزام ، وبنـاء علـى ذلـك فيكفـى طلبـه الأصلـى الموجـه إلـى المضمـون . وأيضـا يملـك

---

(١) ابو الوفا . الأحكام . ص ٧٩٦.

الضامن باعتباره خصما وليس نائبا الطعن فى الحكم الصادر فى الدعوى الأصلية ولو قبل المضمون هذا الحكم أو فوت ميعاد الطعن فيه وذلك لأن الضامن بتدخله أو باختصامه يعد طرفا فى الخصومة الأصلية .

وإذا لم يتدخل الضامن أو لم يختصم أمام محكمة أول درجة فإنه لايملك الطعن فى الحكم الصادر من هذه المحكمة ، وإن كان له أن يتدخل منضما إلى المضمون فى دفاعه أمام محكمة الإستئناف .

ويلاحظ أخيرا أنه يجوز للضامن أو المضمون الطعن فى الحكم الصادر عليهما فى الدعوى الأصلية ، ويفيد ايهما من الطعن المرفوع من الآخر وذلك إذا اتحد دفاعهما . وإذا رفع طعن على أيهما جاز اختصام الآخر .

٢٣٣ – سبق القول أنه يترتب على التدخل الإختيارى سواء كان انضماميا أو هجوميا أن المتدخل يصبح طرفا فى الدعوى ويكون الحكم الصادر فيها حجة له وعليه ، وبالتالى يجوز له الطعن فى مثل هذا الحكم بالإستئناف .

وقد حكم بأن للمتدخل باعتباره طرفا فى الخصومة التى انتهت بإصدار الحكم أن يطعن فى هذا الحكم بالإستئناف ولا يمنعه من ذلك كون محكمة أول درجة لم تفصل فى طلبه الخاص بالتدخل [١] .

وقضى بأنه إذا رفضت المحكمة طلب التدخل الإنضمامى وقضت فى الموضوع فإنه يترتب على ذلك انتهاء الخصومة التى كان يهدف طالب التدخل الإنضمام الى أحد طرفيها مع اعتباره أجنبيا عنها فلا يعد طرفا فى الحكم الصادر فيها ولا يقبل منه الطعن فيه [٢] .

وقضى أيضا بأن الحكم الإبتدائى بعدم قبول التدخل ممن يطلب

---

(١) استئناف الإسكندرية ١٩٥٧/٤/١٨. المحاماة . س ٣٨ . ص ٩١٧.

(٢) نقض مدنى ١٩٦٥/٣/٤. مجموعة النقض . س ١٦. ص ٢٨٢.

الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى وإن كان من شأنه ألا يعتبر طالب التدخل خصما فى الدعوى الأصلية أو طرفا فى الحكم الصادر فيها ، إلا أنه يعتبر محكوما عليه فى طلب التدخل ويكون له أن يستأنف الحكم القاضى بعدم قبول تدخله ، فإن هو لم يستأنف هذا الحكم فإنه لايجوز له أن يتدخل فى الإستئناف المرفوع عن الدعوى الأصلية (١) .

٢٣٤ - والدائن لايعتبر من الغير بالنسبة للحكم الصادر على مدينه ، وهنا أيضا يظهر بوضوح انعكاس الصلة بين رابطة الحق الموضوعى والرابطة الإجرائية . وأساس ذلك هو أن المدين يعتبر ممثلا لدائنه العادى فى الخصومات التى يكون المدين طرفا فيها . وبالتالى يفيد الدائن من الحكم الصادر فيها لمصلحة مدينه ، كما يعتبر الحكم على المدين حجة على دائنه فى حدود مايتأثر بالحكم من حق الضمان العام الذى للدائن على أموال مدينه . وبناء على ذلك فإن للدائن ولو لم يكن طرفا فى الخصومة بنفسه أن يطعن فى الحكم الصادر فيها بالإستئناف ، فهو لايعتبر من الغير لأنه كان ممثلا فى هذه الخصومة بواسطة المدين (٢)

٢٣٥ - التضامن بين الدائنين أو المدينين وأثر ذلك فى الطعن فى الأحكام بالإستئناف .

التضامن حالة قانونية يستطيع فيها الدائن أن يرجع على أى مدين من المدينين المتعددين بكل الدين وهذا هو التضامن السلبى ، أو يكون فيها لأى دائن من الدائنين المتعددين أن يطالب المدين بكل الدين بحيث يكون وفاء المدين لأى دائن بكل الدين مبرئ لذمته فى مواجهة كافة الدائنين وهذا هو التضامن الإيجابى (٣) .

وتنص المادة ٢٨٢ من القانون المدنى على قيام النيابة التبادلية

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٤/٤/٢ . مجموعة النقض . س ١٥. ص ٥٠٣.

(٢) نقض مدنى ١٩٦٤/١٢/٣١. مجموعة النقض س ١٥. ص ١٢٦٦ .

(٣) فتحى عبدالرحيم عبدالله . دروس فى أحكام الإلتزام . ص ٢٣٤.

فيما بين الدائنين فيما ينفع لافيما يضر ، وبالتالى فإذا صدر حكم على المدين لصالح أحد الدائنين المتضامنين ، جاز للباقين أن يتمسكوا بهذا الحكم لصالحهم ، إلا إذا كان مبنيا على سبب خاص بالدائن رافع الدعوى.

وعلى عكس ذلك فإذا صدر حكم ضد أحد الدائنين المتضامنين ، فلا يؤثر هذا الحكم فى حق باقى الدائنين .

نفس فكرة النيابة التبادلية فيما ينفع لافيما يضر تقوم ايضا فى حالة التضامن بين المدينين (١) .

وتطبيقا لكل ذلك فإذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الآخرين ، أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيفيد منه الباقون مالم يكن هذا الحكم مبنيا على سبب خاص بالمدين الذى صدر لصالحه .

والحكم الصادر لصالح أحد المدينين المتضامنين يزول اثره بالنسبة لباقى المدينين إذا قضت بالغائه هيئة قضائية مختصة . ومع ذلك فإذا قام الدائن باختصام جميع المدينين فى الدعوى وصدر حكم لصالحهم ، ثم قضى بالغاء هذا الحكم بالنسبة لأحدهم فيما بعد فلا يضار الباقون بذلك. ونفس هذه القواعد تسرى بالنسبة للتضامن الإيجابى .

ويلاحظ بعض الفقه القوى فى مصر مجموعة من النتائج الشاذة ، التى تصل اليها فكرة النيابة التبادلية فيما ينفع دون مايضر والتى تقوم عليها فكرة التضامن . والواقع من الأمر أن فكرة النيابة هذه منتقدة ، لأنها تقوم على أساس فاسد . فالتضامن هو مجرد وصف من أوصاف الإلتزام . والإلتزام أثر من آثار رابطة الحق الموضوعى ، وإن كان من الضرورى لهذا الأثر أن ينتج آثارا مرغوب فيها ، فكان المنطق يحث

---

(١) فتحى عبدالرحيم . المرجع السابق . ص ٢٦١.

على أن تكون هذه النيابة فيما ينفع وفيما يضر في آن واحد ، ولكن المشرع اراد غير ذلك .

والنتائج الشاذة التي يشير اليها الفقه هي : (١)

١ - إذا صدر حكم لمصلحة أحد المدينين المتضامنين فإنه يفيد سائر المدينين الآخرين .هذه الإفادة تتم ولو لم يختصم هؤلاء في الدعوى. وإذا طعن في هذا الحكم في مواجهة المدين الذي صدر الحكم لصالحه وحده ، وتم الغاء هذا الحكم ، فالأصل أنه إعمالا لمبدأ النسبية ، ألا يضار من هذا الإلغاء باقي اللمدينين ، إنما يلاحظ أن المادة ٢١٨ من قانون المرافعات قد نصت على أن رفع الطعن على أحد المتضامنين في الميعاد يوجب اختصام الباقين ولو بعد فواته بالنسبة اليهم .

ويتساءل هذا الفقه عن الحل فيما لو أغفلت المحكمة اختصام هؤلاء الباقين .

٢ - وإذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، بعد اختصامه وحده في الدعوى ، أو بعد رفعها من جانبه وحده ، فلا يضار الباقون ، اعمالا لفكرة النيابة التبادلية فيما ينفع لافيما يضر . وإذا طعن في هذا الحكم من جانب هذا المدين وحده ، وصدر في الطعن حكم لصالحه ، فإنه اعمالا لذات فكرة النيابة ، وهدما لقاعدة نسبية آثار الأحكام ، فإن الباقين من المدينين المتضامنين الذين لم يختصموا في الإستئناف يفيدون من هذا الحكم رغم عدم سبق تمثيلهم أمام أول درجة .

بهذا نكون قد انتهينا من استعراض اشخاص خصومة الإستئناف ، وننتقل الآن إلى معالجة خصومة الإستئناف في حالة الحركة .

---

(١) ابو الوفا . الأحكام . ص ٧٩٨- ٧٩٩ .

الفصل الثانى

دراسة متحركة لخصومة الطعن بالإستئناف

٢٣٦ - نعالج فى هذا الفصل إجراءات سير خصومة الطعن بالإستئناف لنرى مجموعة الأعمال التى تساهم فى دفع هذه الخصومة إلى غايتها النهائية بإصدار الحكم الإنتهائى . مبحث أول .

وبعد ذلك لابد أن نعالج مجموعة العوارض التى تعترض خصومة الإستئناف فتؤدى حينا إلى ركودها وتؤدى حينا آخر إلى انقضائها دون صدور حكم فى الموضوع . مبحث ثان

المبحث الأول

فى إجراءات سير خصومة الطعن بالإستئناف

٢٣٧ - تنص المادة ٢٤٠ من قانون المرافعات على أنه : "تسرى على الإستئناف القواعد المقررة أمام محكمة الدرجة الأولى سواء فيما يتعلق بالإجراءات أو بالأحكام مالم يقضى القانون بغير ذلك " .

هذه إحالة إلى القواعد العامة فى إجراءات سير الدعوى .

نتناول فيما يلى باختصار هذه الإجراءات ونعالج على الخصوص المسائل الآتية :

المطلب الأول : حضور الخصوم وغيابهم فى الإستئناف .

المطلب الثانى : شطب الدعوى فى الإستئناف .

المطلب الأول

حضور الخصوم وغيابهم امام محكمة الإستئناف

٢٣٨ - يسيطر على المشرع فى أى بلد كان اعتبارين أساسيين وهو ينظم قواعد الحضور والغياب فى قانونه الإجرائى .

هذه الموجهات تستمد من اعتبار أساسى فى الخصومة المدنية ، هذا الإعتبار هو أن الأصل أن تنظر القضية بحضور جميع أطرافها . والحكمة من ذلك ترجع إلى أن من مصلحة الخصم القيام بالأعمال الإجرائية اللازمة للدفاع عن وجهة نظره . والهدف من ذلك هو أن يصدر الحكم لصالحه . هذا الهدف قد يعرقله غياب الخصوم ، وبالذات المدعى عليه أو من يشغل المركز القانونى للمدعى عليه ، من هنا كانت فلسفة التشريع فى مسائل الحضور والغياب . هذه الفلسفة تقوم من ناحية على أنه لايجوز لشخص أن يدان دون سماع دفاعه ، لهذا يجب مراعاة الخصم

الغائب الذى قد لايعلم أصلا بقيام الخصومة وسواء رجع الغياب الى عدم علم الغائب بتاريخ الجلسة . ومن جهة ثانية فإنه يجب ألا يؤدى مراعاة غياب الخصوم إلى عدم قيام القضاء بوظيفته ، خاصة إذا ماتم الغياب بسوء نية أو بقصد عرقلة أداء هذه الوظيفة (١) . ومن هنا كانت القواعد التى نص عليها التشريع المصرى عند تنظيمه لمسائل الحضور والغياب سواء أمام محكمة أول درجة ، أو أمام المحكمة الإستئنافية . وإذا حضر الخصم أو وكيله أية جلسة ، فإن الخصومة تعتبر حضورية بالنسبة له فى درجة التقاضى التى حضر فيها ولو تغيب فى باقى الجلسات .

ويقوم مقام الحضور تقديم الخصم لمذكرة بدفاعه ، وبناء على ذلك ، وبما أن الخصومة تبدأ بالطلب المفتتح للخصومة الذى يقدمه المدعى فإنها تعتبر حضورية دائما فى مواجهة هذا المدعى . ويكون ذلك ولو لم يحضر المدعى أية جلسة (٢) . وكذلك الحال إذا قدم المدعى عليه مذكرة بدفاعه ، فإنه بتقديم هذه المذكرة يعتبر فى حكم الحاضر ، ولو لم يحضر بشخصه أو بواسطة ممثله فى أية جلسة . وأكثر من ذلك ، فإذا أعلنت صحيفة الدعوى لشخص المدعى عليه فإن الخصومة تعتبر حضورية فى حقه ولو لم يحضر ، إذ يفترض فيه العلم بها وبالجلسة المحددة لنظرها .

وبالنسبة لقواعد الحضور والغياب أمام محكمة الإستئناف ، التى يعمل بصددها بنفس القواعد المطبقة أمام محكمة أول درجة ، فإن المستأنف يعتبر فى حكم المدعى ، ويعتبر المستأنف عليه فى حكم المدعى عليه (٣) .

---

(١) فتحى والى . المرجع السابق . ص ٥٠٣.
(٢) فتحى والى . ص ٥٠٣.
(٣) ابو الوفا . التعليق جـ ١ ص ٣٣٣ .

ويلاحظ أن غياب المدعى عليه لايعتبر تسليما بطلبات خصمه ، ولا يعتبر غياب المدعى تنازلا عن هذه الطلبات .

وبالأخذ فى الإعتبار لكل هذه الملاحظات ، فإن المادة ١/٨٢ من قانون المرافعات المصرى ، الصالحة للتطبيق على خصومة الإستئناف تنص على أن : " وإذا لم يحضر المدعى ولا المدعى عليه حكمت المحكمة فى الدعوى إذا كانت صالحة للحكم فيها وإلا قررت شطبها ، فإذا بقيت مشطوبة ستين يوما ، ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها اعتبرت كأن لم تكن " . وتنص المادة ٢/٨٢ من قانون المرافعات على أنه : " وتحكم المحكمة فى الدعوى إذا غاب المدعى أو المدعون أو بعضهم فى الجلسة الأولى وحضر المدعى عليه " . نعالج هذه المسائل بالتفصيل فيما يلى :

١ - الواقع انه فى اليوم المعين لنظر الإستئناف يجب على الخصوم الحضور بأنفسهم أو يحضر عنهم من يوكلونه من المحامين . وليس للمتقاضين أمام محاكم الإستئناف أن ينيبوا عنهم إلا المحامين المقبولين للمرافعة أمام هذه المحاكم ، سواء كان ذلك عن أنفسهم أو بالوكالة عن الغير .

ووفقا للمادة ٨٢ السابق الإشارة اليها ، فإنه إذا لم يحضر كلا من المستأنف والمستأنف عليه أمام محكمة الإستئناف ، وكانت الدعوى صالحة للحكم فيها ، فإن المحكمة تستطيع ألا تلقى بالا إلى هذا الغياب ، وتحكم فى الدعوى فى نفس الجلسة أو تؤجل النطق بالحكم إلى جلسة تالية.

ولنا أن نتساءل عن ماهية المقصود بصلاحية الدعوى للحكم فيها؟

يقصد بذلك أن يكون الخصوم قد أبدوا دفاعهم فيها ، ولو كان ذلك فى جلسة سابقة ، أو فى مذكرة سابقة . كما يلاحظ أن نص المادة ١/٨٢ من قانون المرافعات يواجه الحضور والغياب وصلاحية الدعوى

للحكم فيها فى أية جلسة فهى ليست قاصرة علـى الجلسـة الأولـى كما هـو الحال فى الفقرة الثانية من هذه المادة .

وبالنسبة للمدعى وقد رفع الدعوى فإنه يعتبر عالما بها وبالجلسة المحددة لنظرها ، وبالتالى فلا يكون لغيابه أثر فى إمكانية نظر الدعوى (١)

وإذا قضت المحكمـة علـى أسـاس ماقدمـه المسـتأنف فقـط مـن مذكـرات ومسـتندات فـإن حكمهـا يكـون قـد بنـى علـى إجـراءات باطلــة ، ويجـوز بالتـالى الطعـن فيـه بـالنقض (٢) . وهـذا الحكـم يسـرى حتـى فـى الحالات التى يكون المستأنف عليه قد أعلن بالطعن لشخصه ، والواقع أن الحكم بناء على أقوال المستأنف ، أو المدعى بصفة عامـة ، دون سماع أقوال المدعى عليه أو المستأنف لهو إخلال بمبدأ أصيل من مبـادئ قـانون المرافعات ، وهو مبدأ احترام حقوق الدفاع .

ومن جهة أخرى فإذا كان المستأنف عليه قـد أودع مذكـرة بدفاعـه قلم الكتاب عملا بالمادة ٢/٦٥ مشفوعة بمستندته دون المسـتأنف جـاز مـع ذلك الحكم فى الطعن إذا كان صالحا للحكم فيه . والحكمة فى ذلـك ترجـع إلـى أن صحيفـة الطعـن بالإسـتئناف تتضمـن طلبـات وأقـوال المسـتأنف ، ولايلومن فى هذه الحالة إلا نفسه إذا لم يكن قد اطلع على دفـاع المسـتأنف عليه ، أو كان قد اطلع عليه ومع ذلك تخلـف عـن الحضـور فـى الجلسـة المحددة لنظـر دعـواه ، فهنـا يعتـبر دفـاع المسـتأنف عليـه قـد اتخـذ فــى مواجهته (٣) .

ويقصـد بصلاحيـة الدعـوى فــى هـذه الحالــة صلاحيتهـا للحكـم الموضوعى الحاسم للنزاع . وتطبق القواعد السـابق ذكرهـا علـى جميـع

---

(١) عبدالمنعم حسنى.، ص ٤٧٩.

(٢) ابو الوفا . المرجع السابق . ص ٣٣٣ .

- نبيل عمر . الطعن بالنقض . ص ٣٥٠.

(٣) ابو الوفا . التعليق جـ ١ ص ٣٣٣ .

الدعاوى مالم ينص القانون على غير ذلك . هذا هو الفرض الأول الذى يتخلف عن الحضور فيه كلا من المستأنف والمستأنف عليه وتكون الدعوى صالحة للحكم فيها وهو مالم يتم إلا إذا كان المستأنف عليه قد أعلن لشخصه أو قدم مذكرة بدفاعه ، أو أعيد إعلانه (١) .

٢ - وإذا غاب المستأنف والمستأنف عليه فى الجلسة المحددة لنظر الطعن ، أيا كانت هذه الجلسة ، ولم يكن الطعن صالحا للحكم فيه، وتحققت المحكمة من هذا ، فإنها تقرر شطب الطعن من جدول الطعون المتداولة أمام المحكمة .

والواقع أنه فى هذه الحالة ، ورغم قيام الخصومة ، فإنه ينقصها مايلزم لإمكان الفصل فى الدعوى دون الإخلال بحق الدفاع (٢) .

وسوف نعالج فى مطلب ثان شطب الإستئناف بالتفصيل .

٣ - وتعالج المادة ٢/٨٢ الحالة اللتى يتخلف فيها المستأنف عن الحضور ، ومع ذلك يحضر المستأنف عليه . وهذا الحكم الوارد فى هذه الفقرة يسرى فى أحوال أنفراد الخصوم أو تعددهم ، وهو قاصر على الجلسة الأولى فقط .

وعلى ذلك فمحكمة الإستئناف تحكم فى الدعوى إذا غاب المستأنف أو المستأنفون أو بعضهم فى الجلسة الأولى وحضر المستأنف عليه .

والحكمة فى ذلك واضحة فالمستأنف أو المستأنفون هم من قاموا برفع الطعن بالتالى فهم على علم تام به .

وبحضور المستأنف عليه تملك محكمة الإستئناف حسب تقديرها الحكم فى الطعن أو تأجيل الحكم الى جلسة أخرى . ويرى البعض أنه

---

(١) فتحى والى . ص ٥٠٤ - كمال عبدالعزيز . ص ٢٢٣ .
(٢) نقض مدنى ١٩٧٦/٥/١٩. طعن رقم ٦٥٨ س ٤١ .

لايشترط حتى تحكم المحكمة فى الطعن أن يتمسك بـه المستأنف عليه . ويبررون ذلك بأن من حق المدعي وقد رفع دعواه أن تفصل المحكمة فـى الدعوى ، وهـى ليست فى حاجـة مـن أجل هـذا إلـى طلـب مـن المدعـى عليـــه[1] .

وبناء على ذلك فللمحكمة أن تحكم فـى الطعـن ولـو لاذ المستأنف عليه بالصمت مادام قد حضر ، وليس فى هذا إخلالا بحقـه فـى الدفـاع ، إذ كـان فـى إمكانـه الدفـاع ولكنـه لـم يفعل . ونفس الحكم يسـرى مـادام المستأنف عليه قد حضر ولو كان لم يسبق له تقديم مذكرة بدفاعه [2] .

ويرى فريق آخر من الفقه ، أن المستأنف عليـه إذا حضـر مـع تخلـف المستأنف عـن الحضور ، فهنـا يجوز للمحكمة أن تشطب الدعوى طالما أن المستأنف عليه لم يبدى أى طلب أو دفع [3] .

والواقع أننا نؤيد الرأى الأول ، لأن فى الأخذ بالرأى الثانى إهدار للفكرة التى تقوم عليها قواعد الحضـور والغيـاب فـي القـانون ، وإعطـاء الفرصة للمدعى عليـه وكـل مـن يشغل مركـزه فـى أن يعرقـل السـير فـى الخصومة باتخاذه مثل هذا الموقف السلبى . والواقع أيضا أن نـص المـادة ٢/٨٢ يشير فقط إلى حضور المدعى عليه (المستأنف عليـه) فقـط دون ضرورة إبداء أى طلبات .

وليس معنى الحكم فى الدعوى وفقا للمـادة ٢/٨٢ أنـه يجـب علـى المحكمة الفصل فيها فى نفس الجلسـة فتستطيع المحكمـة تـأجيل نظرهـا . كما أنه ليـس معنـى ذلـك أن تقضـى المحكمـة برفـض الدعـوى فقد تحكـم لصالح المستأنف رغم غيابه [4] .

---

(١) فتحى والى . ص ٥٠٥ هامش (٦) .

(٢) فتحى والى . ص ٥٠٦ .

(٣) أبو الوفا . التعليق . ص ٣٣٥ - أحمد مسلم . أصول المرافعات . ص ٥٢٧.

(٤) فتحى والى . ص ٥٠٦.

٤ - ووفقا للمادة ١/٨٣ من قانون المرافعات فإنه إذا حضر المدعى عليه فى أية جلسة أو أودع مذكرة بدفاعه ، اعتبرت الخصومة حضورية فى حقه ولو تخلف بعد ذلك عن الحضور . وفى نطاق هذا النص فإنه لامجال للإحتفال بالمدعى أو المستأنف ، وذلك يتفق مع نص المادة ٨٢ من قانون المرافعات ، والتى تعتبر الخصومة حضورية فى حق المدعى ولو تخلف عن الحضور بتقدير علمه بالجلسة المحددة لنظر دعواه .

ولايجوز للمستأنف أن يبدى فى الجلسة التى تخلف فيها خصمه طلبات جديدة أو أن يعدل أو يزيد أو ينقص فى الطلبات ، كما لايجوز للمستأنف عليه أن يطلب فى غيبة المستأنف الحكم عليه بطلب ما .

ويقصد بالغياب فى هذه الحالة تخلف المستأنف عليه عن الحضور فى جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى ، دون أن يكون قد أعلن لشخصه ، ودون أن يكون قد أودع مذكرة بدفاعه .

وإذا صدر الحكم فى الدعوى على المستأنف عليه دون أن يكون قد أعيد إعلانه ، وكان لم يقدم مذكرة بدفاعه ، ولم يكن قد أعلن لشخصه فإن هذا الحكم يكون قد بنى على إجراءات باطلة ويجوز الطعن فيه بالنقض .

وإذ تنص المادة ٢/٨٣ من قانون المرافعات على عدم جواز تعديل طلبات المستأنف فى غياب المستأنف عليه ، فإن الباعث على ذلك هو مراعاة صالح الغائب .

بمعنى أن مثل هذا التعديل قد يقتضى تعديل مماثل فى أسلوب دفاع المستأنف عليه . وعلى ذلك فمثل هذا التعديل يجب إجرائه فى مواجهة المستأنف عليه وإلا كان الحكم مبنيا على إجراءات باطلة .

ويقصد بالطلبات الممتنع على المستأنف إثارتها أمام محكمة الإستئناف فى غياب المستأنف عليه الطلبات الموضوعية .

ومع ذلك فيجوز ابداء هذه الطلبات فى النطاق المسموح به أمام محكمة الإستئناف بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى ، أى بصحيفة تعلن إلى المستأنف عليه .

أما الطلبات المتصلة بسير الدعوى أو بإثباتها فيجوز الإدلاء بها فى غياب المستأنف عليه ، مثال ذلك الأحوال التى يطلب فيها المستأنف ضم طعنين ، أو الفصل بينهما ، أو طلب التأجيل ، أو طلب وقف الدعوى حتى يتم الفصل فى مسألة أولية ، أو طلب الإحالة إلى التحقيق [1]

ونفس الحل يسرى أيضا فى الحالة التى يتغيب فيها المستأنف ، كما يجوز للمستأنف عليه التمسك بكافة الدفوع المختلفة فى غياب المستأنف [2]. وإذا انقطعت الخصومة بعد حضور المدعى عليه ، أيا كان نوع هذا الحضور ، وجب لاعتبار الخصومة حضورية فى حق من يقوم مقامه بعد استئناف سير الدعوى حضور هذا الأخير أو تقديمه مذكرة بدفاعه [3] .

٥ - وتواجه المادة ٨٤ من قانون المرافعات المصرى الفروض الآتية :

(أ) حضور المستأنف وتخلف المستأنف عليه عن الحضور فى الجلسة الأولى .

فى هذه الحالة على القاضى أن يتأكد أن صحيفة الطعن قد أعلنت إلى شخص المطعون ضده . هنا يفترض علم هذا الخصم بتاريخ الجلسة طالما تم الإعلان لشخصه . وبالتالى فغيابه لا يؤثر فى نظر الدعوى . والمحكمة إذ تنظر الطعن فإنها تنظره على أساس طلبات الطاعن وأسانيده. وللمحكمة أن تحكم فى هذه الجلسة أو تؤجل الحكم إلى جلسة

---

(١) أبو الوفا . التعليق . ص ٣٣٩ .

(٢) أبو الوفا . التعليق . ص ٣٤٠ .

(٣) نقض مدنى ١٩٥٥/٣/١٠ . مجموعة النقض . س ٦ . ص ٨١٧.

تالية . والخصومة تعتبر فى هذه الحالة حضورية . وكذلك الحكم الصادر فيها .

ولايوجد مايمنع من أن يكون الحكم الصادر فى الطعن صادرا لصالح المستأنف ضده ، مثال ذلك ما إذا حكمت محكمة الإستئناف برفض الطعن لأنه لم يثبت من ناحية الواقع أو لم يكن مؤسسا من الناحية القانونية (١) .

وعلى المحكمة فى هذه الحالة - كما سبق القول - التحقق من أن صحيفة الدعوى قد أعلنت لذات شخص المعلن اليه ، وذلك من واقع أصل الصحيفة المعلنة ، وإذا كان المستأنف عليه قد رفض شخصيا تسلم الصورة المعلنة اليه ، فسلمت إلى جهة الإدارة عملا بالمادة ١١ من قانون المرافعات ، فإن الأعلان لايعتبر قد تم لشخصه (٢) . هذه القواعد تطبق فى حالة تعدد وانفراد الخصوم .

(ب) حضور المدعى (المستأنف) وغياب المدعى عليه (المستأنف عليه) الذى لم يعلن لشخصه .

فى مثل هذه الحالة خشى المشرع ألا يكون المستأنف عليه قد استلم صورة الإعلان ، وأن يكون بالتالى معذورا فى عدم حضوره . وعلى ذلك فيجب على القاضى ألا ينظر الطعن (أو الدعوى) فى غياب المدعى عليه إلا إذا كان قد سبق له تقديم مذكرة بدفاعه . فإن لم يكن قد فعل فعلى القاضى تأجيل المستأنف عليه الذى لم يكن قد أعلن لشخصه ، فإن الحكم يكون مبنيا على إجراءات باطلة ويكون قابلا للطعن فيه بالنقض (٣) .

وإذا لم يتم إعادة الإعلان صحيحا ولم يحضر المستأنف عليه

---

(١) فتحى والى . ص ٥٠٧.

(٢) نقض مدنى ١٩٦١/٤/٢٧ . مجموعة النقض . س ١٢ . ص ٤٢٤ .

(٣) نبيل عمر. النظرية العامة للطعن بالنقض فى المواد المدنية.١٩٨٠ . ص ٣٠٠.

ورغم ذلك صدر الحكم فإن هذا الحكم يقع باطلا هو والإجراءات التى قام عليها . وإذا قضت المحكمة فى الدعوى فى الجلسة الأولى التى تخلف عنها المستأنف عليه كان الحكم باطلا [1] .

ومن جهة أخرى ، فإنه إذا لم يعلن المدعى عليه بالحضور ، ثم توفى قبل الجلسة المحددة ، وجب إعلان ورثته ، وإذا لم يحضروا ، فيجب إعادة اعلانهم إذا لم يكونوا قد أعلنوا لأشخاصهم - أما إذا كانت الوفاة قد حدثت بعد اعلان المتوفى بالحضور ولم يكن قد حضر ، فإنه يتعين إعلان ورثته بالتعجيل الذى اتخذ لاستكمال سير الخصومة ، فإن لم يحضروا ، ولم يكونوا قد أعلنوا لأشخاصهم ، وجب إعادة اعلانهم ، ولو كان مورثهم قد أعلن لشخصه أو كان قد سبق حضوره [2] .

وإذا تعدد المدعى عليهم (المستأنف عليهم) وتغيبوا جميعا عن الحضور فى الجلسة الأولى وكانوا قد أعلنوا جميعا لأشخاصهم ، وجب اعمال الفقرة الأولى من المادة ٨٤، أى أنه يجوز للمحكمة الحكم فى الدعوى بناء على طلب المدعى فى الجلسة التالية إذا تبينت المحكمة عدم قيام المدعى بما أمرته به فإنها لاتنظر القضية إلى جلسة أخرى يقوم المدعى (المستأنف) باعلان خصمه بها . وفى الدعوى ، وعليها أن توقع عليه ماتراه من جزاءات منصوص عليها فى المادة ٩٩ مرافعات .

أما إذا تعدد المدعى عليهم (المستأنف عليهم) وتغيبوا جميعا عن الحضور فى الجلسة الأولى ، وكان البعض قد أعلن لشخصه دون البعض الآخر ، أو إذا حضر البعض فى الجلسة الأولى دون البعض الآخر الذى لم يعلن لشخصه ، وجب على المحكمة تأجيل القضية إلى جلسة تالية يعلن بها من تخلف من المدعى عليهم عن الحضور ، ومن لم

---

(١) نقض مدنى ١٩٥٩/٦/٢٥ . مجموعة النقض . س ١٠ . ص ٥٠٥ .
- نقض مدنى ١٩٧٣/١١/٢٦. مجموعة النقض . س ٢٤. ص ١١٤٠.
(٢) نقض مدنى ١٩٥٥/٣/١٠ مجموعة النقض . س ٦ . ص ٨١٧.

يكن قد أعلن لشخصه ، ويكون الإعلان بواسطة المدعى [1] .

٦ - وأخيرا تنص المادة ٨٥ من قانون المرافعات على أنه : " إذا تبينت المحكمة عند غياب المدعى عليه بطلان إعلانه بالصحيفة وجب عليها تأجيل القضية إلى جلسة تالية يعاد اعلانه لها إعلانا صحيحا بواسطة خصمه " . وعلى المحكمة من تلقاء نفسها التأكد من بطلان الإعلان . والتأجيل فى هذه الحالة وجوبى على المحكمة . وإذا لم تتنبه المحكمة إلى بطلان إعلان المدعى عليه (المستأنف عليه) عند غيابه وقضت فى الدعوى ، كان حكمها مبنيا على إجراءات باطلة ، وجاز للمستأنف عليه الطعن فيه بالنقض ، وعليه أن يتمسك بالبطلان فى صحيفة الطعن .

وإذا أعيد الإعلان طبقا لنص المادة ٨٥ من قانون المرافعات ، ولم يحضر المستأنف عليه ايضا رغم اعلانه لشخصه ، جاز الحكم فى الدعوى اعمالا لنص المادة ٨٤ من قانون المرافعات .

وإذا تخلف المعلن اليه عن الحضور فى الجلسة الجديدة ، وتبينت المحكمة بطلان اعلانه مرة ثانية ، وجب عليها التأجيل عملا بالمادة ٨٥.

ويجب تأجيل الدعوى (الطعن) سواء كان البطلان لعيب فى ذات عملية الإعلان ، أم لأى سبب آخر ، وسواء فى الجلسة الأولى أم فى الجلسة الثانية التى أحيلت اليها القضية [2] . وبطبيعة الحال للمحكمة أن تعمل الجزاءات المنصوص عليها فى المادة ٩٩ من قانون المرافعات إذا لم يستجيب المستأنف لأمر المحكمة بإعلان أو إعادة اعلان خصمه .

ومن البديهى أنه إذا حضر الخصم الغائب قبل انتهاء الجلسة اعتبر كل حكم صدر عليه فيها كأن لم يكن (م ٨٦) . ويقصد بالحكم فى مفهوم هـذه المادة أى حكم ، سواء كان حكما صادرا فى الموضوع أم فى شق

---

(١) ابو الوفا . التعليق . ص ٣٤٢.

(٢) ابو الوفا . التعليق . ص ٣٤٣ .

من الموضوع أم فى مسالة متفرعة عنه متعلقة بالإجراءات أم بالإثبات .

وإذا كان نص المادة ٨٦ من قانون المرافعات يفيد اعتبار مثل هذه الأحكام كأن لم تكن بقوة القانون ، إلا أنه من الواجب على صاحب المصلحة التمسك باعتبار هذه الأحكام كأن لم تكن .

وبالإنتهاء من دراسة حضور الخصوم وغيابهم فى خصومة الإستئناف فإننا ننتقل الآن إلى دراسة شطب القضية أمام محكمة الإستئناف .

المطلب الثانى

شطب القضية أمام محكمة الإستئناف

٢٣٩ - مما سبق استعراضه بصدد قواعد الحضور والغياب أمام محكمة الإستئناف فإننا نستطيع القول بأنه إذا لم يحضر المستأنف ولا المستأنف عليه حكمت المحكمة فى الدعوى إذا كانت صالحة للحكم فيها وإلا قررت شطبها ، فإذا بقيت مشطوبة ستين يوما ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها اعتبرت كأن لم تكن .

وشطب الدعوى معناه استبعادها من جدول القضايا وعدم الفصل فيها مع بقائها وبقاء كافة الآثار القانونية المترتبة عليها ، ولا تنظر الدعوى بعد ذلك إلا بإعلان جديد للحضور يوجهه أحد الخصوم إلى الخصم الآخر (١) .

والواقع أن قرار الشطب الصادر من القاضى فى هذه الحالة هو عمل من الأعمال التى تدخل فى نطاق مايسمى بأعمال الإدارة القضائية .

ويرى البعض أنه إذا تخلف الخصوم عن الحضور فى دعوى تتصل بالنظام العام ولايجوز النزول عنها وتركها ، كدعوى مخاصمة

---

(١) أبو الوفا . المرافعات . ط ١٢ . ص ٥١٦.

القاضى مثلا ، فإن غياب الخصوم لايمنع المحكمة من نظر الدعوى ولا تملك المحكمة شطبها . وتبرير ذلك عند هذا البعض هو أن الغياب فى مثل هذه الدعاوى قد يصير وسيلة للإحتيال ، لأن الغياب قد يؤدى إلى الشطب إذا توافرت شروطه ، وشطب الدعوى لمدة معينة يؤدى إلى اعتبارها كأن لم تكن ، وهذا الجزاء كما سوف نرى يقع بقوة القانون ، وبناء على ذلك فإن التخلف عن الحضور فى الدعاوى المتعلقة بالنظام العام قد يؤدى بصورة ضمنية إلى اتخاذه ذريعة للنزول عن مثل هذه الدعاوى (١) .

والواقع أننا نخالف هذا الرأى لأن فى الأخذ به مايؤدى إلى الإعتداء على مبدأ المجابهة ، بمعنى أن فى اجازة الحكم فى الدعوى رغم غياب أطرافها لتعلقها بالنظام العام ، كل هذا يؤدى إلى هدم مبدأ المواجهة بما يتضمنه من ضرورة اتخاذ الإجراءات فى مواجهة الخصوم. والإعتداء على هذا المبدأ الأصيل من مبادئ قانون المرافعات ، يؤدى إلى صيرورة الحكم الصادر فى مثل هذه الحالة باطلا . وبالإضافة إلى ذلك فإن النصوص المنظمة لحالات الشطب قد وردت فى قانون المرافعات المصرى بصورة عامة ودون تفرقة بين دعاوى تتعلق بالنظام العام ، ودعاوى لاتتعلق بالنظام العام .

ويرى البعض أيضا أنه إذا تعدد المدعون وتخلف البعض عن الحضور دون البعض الآخر ، وتخلف المدعى عليه عن الحضور ، هنا يجوز للمحكمة شطب القضية بالنسبة لمن تخلف من المدعين مالم يكن موضوع الدعوى لايقبل التجزئة وفى هذه الحالة يتعين إعادة الإعلان عملا بالمادة ٨٤ من قانون المرافعات . والحكمة من إعادة الإعلان ترجع إلى ضرورة أن تتمكن المحكمة من الفصل فى كل الموضوع وبالنسبة

---

(١) ابو الوفا . المرجع السابق . ص ٥١٥ .

لجميع الخصوم بحكم له وصف واحد بالنسبة اليهم جميعا (١) .

وشطب الدعوى هو أمر جوازى يخضع لمطلق السلطة التقديرية للمحكمة ، فهى تملك رغم تخلف الطرفين أو احدهما أن تنظر الدعوى وتحكم فيها (٢) .

وإذا استمرت القضية مشطوبة دون أن يقوم أحد الخصوم بتعجيلها فى خلال ستين يوما من تاريخ الشطب ، فإنها تعتبر بقوة القانون كأن لم تكن .

وإذا شطبت القضية فى ظل قانون سابق فإن الميعاد يسرى وفقا لأحكامه عملا بالمادة ٢/١ من قانون المرافعات . وإذا شطبت فى ظل القانون الجديد سرت المدة وفقا لأحكام هذا الأخير ولو كانت الدعوى قد تم رفعها فى ظل قانون سابق (٣) .

وتملك المحكمة شطب الدعوى على النحو المتقدم سواء فى الجلسة الأولى المحددة لنظر الطعن بالإستئناف أو فى أية جلسة تالية (٤) .

ويلاحظ فى هذا الصدد أنه يدخل فى حكم الغياب المشترك حالة حضور المدعى عليه (أو المستأنف عليه) وحده دون أن يبدى طلبات أو دفوع ، وفى هذه الحالة يكون حضوره كعدمه ، ويجوز للمحكمة ، حسب تقديرها ، أن تقرر الشطب .

وفى الغالب ففى مثل هذه الحالة فإن المستأنف عليه ينسحب ويترك القضية للشطب . ويلاحظ أن القانون السابق كان يوجب الشطب فى هذه الحالة ، بينما القانون الجديد لم يشير إليها بحكم خاص (٥).

---

(١) مصر الإبتدائية ١٩٥٤/١٠/٣٠ . المحاماة . س ٣٥ . ص ٧٦١.

(٢) نقض مدنى ١٩٧٦/٥/١٩ طعن رقم ٦٥٨ . س ٤١ ق .

(٣) ابو الوفا . التعليق . جـ ١ . ص ٣٣٢.

(٤) عبدالباسط جميعى . مبادئ المرافعات . ص ٥٠٣.

(٥) ابو الوفا . التعليق . ص ٣٣٥ – عبدالباسط جميعى . ص ٥٠٣.

وإذا حضر عن أحد الخصوم من يدعي وكالته عنه دون أن يكون بيده سند التوكيل وتمسك بالتأجيل حتى يقدم سند توكيله ، فلا يجوز للمحكمة شطب الدعوى تأسيسا على اعتبار الخصم متغيبا ، بل يجب تأجيلها ومنح الحاضر فرصة اثبات وكالته عن الخصم . وفى ذات هذه الحالة فإن المحكمة لاتملك الحكم فى الموضوع مادام الحاضر عن الخصم يطلب التأجيل ، وإلا تكون قد أخلت بحقوق الدفاع (١) .

وحكم الشطب يظل قائما غير مستقر إلى أن ترفع الجلسة ، فإذا حضر أحد الخصمين قبل انفضاض الجلسة وطلب إعادة القضية إلى الرول فإن القاضى يحدد لها جلسة أخرى ، ويكلف من حضر بإعلان خصمه الغائب بهذه الجلسة (٢) .

أما إذا انفضت الجلسة دون حضور أحد فإن حكم الشطب يستقر ، وعندئذ يجب على من يرغب فى تعجيل القضية أن يحدد لها جلسة جديدة ويعلن بها خصمه . وشطب القضية جائز فى جميع الدعاوى ، مالم ينص القانون على مايخالف ذلك ، مثال ذلك المادة ١٣٥ من قانون الإثبات التى تنص على عدم جواز شطب الدعوى فى حالة دفع الأمانة لحساب مصروفات الخبير .

ويلاحظ أن تدخل النيابة تدخلا انضماميا فى دعوى لايمنع من جواز شطبها عند تخلف طرفيها عن الحضور (٣) .

وسبق لنا القول أن حكم الشطب هو مجرد عمل من أعمال الإدارة القضائية . وحكم فى ظل القانون الملغى (١٩٤٩) باعتباره من الأحكام التحضيرية (٤) .

---

(١) أبو الوفا . التعليق . ص ٣٣٦ .
(٢) عبدالباسط جميعى . ص ٥٠٣.
(٣) ابو الوفا . الأحكام . ص ٤٠٤ هامش (١).
(٤) استئناف مختلط ١٨٧٨/٥/١٦ . مجلة التشريع والقضاء . س ٣ . ص ٢٦٤.

ويرى بعض الفقه أنه حكم فرعي متعلق بسير الخصومة ويقرر عدم صلاحية الدعوى لنظرها والفصل فيها [١] . وهذا الحكم فى رأينا لاينهى الخصومة وبالتالى لايقبل الطعن المباشر .

وإذا حكم بالشطب بالرغم من حضور أحد أطراف الخصومة ، وثبوت هذا الحضور فى محضر الجلسة ، وعلى الرغم من مطالبة الخصم الحاضر بالحكم فى الموضوع ، فإن المحكمة تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون ويكون حكمها قابل للطعن بالنقض طالما هو صادر من محكمة استئنافية [٢] .

ومع ذلك يرى البعض أن قضاء المحكمة بالشطب فى هذه الحالة يعتبر بمثابة قضاء بوقف الدعوى يقبل الطعن المباشر عملا بالمادة ٢١٢ [٣] .

والواقع أننا نتساءل : تحت أى طائفة من طوائف الوقف يدخل هذا الحكم ؟ هل هو وقف جزائى ، لانعتقد . هل هو وقف تعليقى أو وقف بقوة القانون أو وقف اتفاقى ؟ لانعتقد أيضا . هل هو وقف تعليقى أو وقف بقوة القانون أو وقف اتفاقى ؟ لانعتقد ايضا . والذى نعتقده هو أن المحكمة تكون فقط قد أخطأت فى تطبيق القانون فى هذه الحالة .

بل أكثر من ذلك فإن قرارها هذا لاينهى الخصومة ، فالخصومة لاتنتهى بمجرد الشطب ، وبالتالى لايجوز الطعن فى مثل هذا الحكم مباشرة عملا بالمادة ٢١٢ مرافعات .

وبما أننا قلنا أن حكم الشطب ماهو إلا عملا من أعمال الإدارة القضائية ، وبالتالى فلا يكون أمام صاحب المصلحة فى استمرار سير

---

(١) أبو الوفا . الأحكام . ص ٤٠٦.

(٢) نبيل عمر . الطعن بالنقض فى المواد المدنية والتجارية . منشأة المعارف . ١٩٨٠ . ص ٢٥٠ .

(٣) ابو الوفا . الأحكام . ص ٤٠٧.

الدعوى إلا واحد من حلين : إما أن يطلب من القاضى سحب قراره ، وإعادة القضية للجدول ، وإما أن يقوم هو (أى الخصم) بتعجيلها .

وإذا حكم بشطب الدعوى تأسيسا على تخلف طرفيها ، وكانت واقعة الغياب ثابتة بمحضر الجلسة ، فلا يجدى مجرد التظلم من الحكم ، ويلزم الإدعاء بتزوير محضر الجلسة إذا أنكر الخصم غيابه وقرر أنه كان حاضرا فى الجلسة المحددة لنظر القضية ، والحكم بالتزوير يؤدى إلى انهيار الحكم بالشطب المبنى عليه [1] .

٢٤٠ – وإذا بقيت الدعوى مشطوبة ستين يوما ولم يطلب أحد من الخصوم السير فيها اعتبرت كأن لم تكن . ويقع السقوط بقوة القانون دون حاجة لاستصدار حكم به – وتحسب الستين يوما اعتبارا من يوم الشطب – ومعنى حدوث اعتبار الدعوى كأن لم تكن بقوة القانون هو أن هذا الأثر يحدث آثاره بمجرد تمام اليوم الستين المقرر فى القانون مع عدم حدوث تعجيل لهذه الدعوى المشطوبة . بحيث إذا حدث تمسك فيما بعد باعتبار الدعوى كأن لم تكن فإنه من الواجب النظر إلى آثار زوال الدعوى من تاريخ تمام المدة المحددة فى القانون وليس من تاريخ التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن .

واعتبار الدعوى كأن لم تكن هو جزاء مقرر لصالح ذوى المصلحة ولايتعلق بالنظام العام . بمعنى أنه إذا عجلت الدعوى بعد انقضاء ستين يوما فإنه من الواجب على المدعى عليه أن يتمسك باعتبارها كأن لم تكن وإلا سقط الحق فى التمسك بهذا الدفع . وإذا عجل المدعى عليه (المستأنف عليه) الدعوى بعد مضى الستين يوما فإنه – بحق – يعتبر قابلا لها ، ويمتنع بالتالى على المدعى التمسك باعتبارها كأن لم تكن . والواقع أن هذا الرأى يتمشى مع الحكمة المقرر من أجلها هذا الجزاء .

---

(١) ابو اوفا . الأحكام . ص ٤٠٧.

فهذا الجزاء مقرر لمصلحة المدعى عليه للتخلص من القضية التى أقامها المدعى ، وإذا أراد هذا الأخير التنازل عن دعواه فلديه نظام ترك الدعوى ، أما إذا قام المدعى عليه بتعجيل الدعوى بعد الميعاد ، فهنا تظهر مصلحته فى بقاء الخصومة والفصل فيها ، ويمتنع على المدعى التمسك باعتبار دعواه كأن لم تكن [1] . ولايجوز للمحكمة أن تقضى باعتبار الخصومة كأن لم تكن من تلقاء نفسها .

ولايسقط الحق فى التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن حضور المدعى عليه عند نظر الدعوى من جديد ، وذلك إذا تم التعجيل بعد انقضاء ستين يوما من تاريخ الشطب ، وبفرض أن الذى قام بالتعجيل هو المدعى ، وإنما يسقط حق المدعى عليه بالتكلم فى الموضوع أو بإبدائه دفعا شكليا آخر . والواقع أن ذلك يتمشى مع ضرورة إبداء الدفوع الشكلية معا وقبل إبداء أى طلب أو دفاع آخر وإلا سقط الحق فيما يبد منهما (م ١٠٨ مرافعات) [2] .

ويلاحظ فى هذا الصدد أنه إذا كان الدفع باعتبار الدعوى كأن لم يكن ، لعدم تجديدها أو تعجيلها من الشطب خلال ستين يوما ، يعتبر دفعا شكليا يسقط بمسقطات الدفوع الشكلية غير المتعلقة بالنظام العام ، إلا أن هذا الحكم قاصر على الدعوى التى قضى بشطبها ، فإذا جددها المدعى بعد الميعاد وجب التمسك بالجزاء كما سبق القول .

أما إذا أقام المدعى دعوى جديدة بذات الطلبات (أو إذا رفع طعنا جديدا بفرض أن الميعاد مازال مفتوحا) وعند تجديد اللدعوى أو الطعن السابق ، فإنه يجوز للمدعى عليه التمسك فى هذه الدعوى أو الطعن (الجديد) باعتبار الدعوى أو الطعن الأول كأن لم يكن ولو كان قد تعرض للموضوع (موضوع الإدعاء الجديد) .

---

(١) ابو الوفا . التعليق . ص ٣٣٧.

(٢) نقض مدنى ١٩٧٦/٥/٣ .

ومثال لفائدة مانقوله يتجلى فى الحالة الآتية :

إذا أقيمت دعوى أولى قبل انقضاء مدة تقادم الحق الموضوعى ، واعتبرت هذه الدعوى كأن لم تكن لأنها شطبت ولم تعجل فى الميعاد . ثم أقيمت دعوى جديدة بعد انقضاء مدة التقادم . فلما تمسك المدعى عليه بالتقادم ، وهذا دفع موضوعى ، تشبث المدعى بأثر الدعوى الأولى فى قطع هذا التقادم ، ويكون له هذا التمسك حتى ولو كان قد تكلم فى الموضوع [1] .

ويترتب على القضاء باعتبار الدعوى كأن لم تكن ذات الآثار التى تترتب على سقوط الخصومة فتزول إجراءاتها عدا الأحكام القطعية والإجراءات السابقة على هذه الأحكام ، فالشطب قد يكون لعدم الحضور فى الجلسة الأولى أو أية جلسة أخرى [2] .

٢٤١ - وحتى لاتعتبر الخصومة كأن لم تكن ، يجب تعجيل الدعوى خلال ستين يوما من تاريخ صدور حكم الشطب . ويقصد بالتعجيل تحديد جلسة جديدة لنظر الدعوى وإعلان الخصم بهذه الجلسة الجديدة . ولايتصور ثمة تعجيل إلا باتخاذ هذين الإجرائين . وبالتالى فلا يكفى تحديد جلسة دون اعلان الخصم الغائب . ولا يكفى اعلان الخصم الغائب دون أن يسبقه تحديد جلسة ، أى دون أن يسبقه إدراج القضية بالفعل فى جدول القضايا بالمحكمة . وميعاد الستين يوما هوميعاد ناقص يتعين اتخاذ الإجراء بالفعل فى خلاله . وإذا كانت الدعوى ترفع فى القانون الحالى وتنتج آثارها عملا بالمادة ٦٣ من قانون المرافعات بإيداع عريضتها قلم الكتاب ، فليس معنى ذلك أن أى إجراء فيها يتطلبه القانون يتم هو الآخر بذات الطريق ، وعلى ذلك فتعجيل الدعوى هو إجراء يتم بالإعلان ويجب أن تراعى بصدده نص المادة الخامسة من قانون

---

(١) كمال عبداللعزيز . ص ٢٢٤ .

(٢) نقض مدنى ١٩٧٥/١٢/٢٢. طعن رقم ٤٣١. س ٤١ .

المرافعات [1] .

وإعلان الخصم بجلسة وهمية لا أساس لها لايعتبر تعجيلا للدعوى ولو تم هذا الإعلان فى خلال الستين يوما .

وإذا تم التعجيل صحيحا من جميع الوجوه ، فلا يهم بعد ذلك أن يحدد لنظر الدعوى أو الطعن جلسة تالية للستين يوما .

ويضاف إلى ميعاد الستين يوما ميعاد مسافة يحسب على أساس المسافة بين موطن المدعى عليه الواجب اعلانه بالتعجيل [2] .

ويلاحظ أن القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ قد أورد تعديلا على المادة ٨٢ من قانون المرافعات فصارت كالتالى : " إذا لم يحضر المدعى والمدعى عليه حكمت المحكمة فى الدعوى إذا كانت صالحة للحكم فيها ، وإلا قررت شطبها ، فإذا انقضى ستون يوما ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها ، أو لم يحضر الطرفان بعد السير فيها ، اعتبرت الدعوى كأن لم تكن " .

ومؤدى ذلك بالإضافة للشرح السابق أن الإستئناف يعتبر كأن لم يكن إذا لم يتم تعجيله من الشطب خلال ستين يوما من إيقاعه . وإذا تم التعجيل فى الميعاد وفى الجلسة الجديدة لم يحضر الطرفان فإنه يحكم أيضا وجوبا باعتبار الطعن كأن لم يكن . أما فى الحالة التى تشطب فيها الخصومة ثم يتم التعجيل فى الميعاد وفى الجلسة الجديدة يحضر الطرفان ثم يتخلفا فى جلسة أخرى عن الحضور ولم تكن الدعوى صالحة للفصل فيها ، فماذا يكون الحل فى مثل هذه الحالة ؟

ذهب البعض إلى أنه يجب على المحكمة أن تحكم فى هذه الحالة باعتبار الخصومة كأن لم تكن ولا تحكم بالشطب لأن قصد المشرع من

---

(١) أبو الوفا . المرافعات . ص ٥١٩ هامش (١)

(٢) ابو الوفا . المرافعات . ص ٥١٩ .

التعديل هو أن يكون الشطب لمرة واحدة طوال حياة القضية . فإذا شطبت القضية فى مثل هذا الفرض ، فإن الدورة ذاتها ممكن تكرارها ، أى أن تعجل الدعوى فى الميعاد وفى الجلسة الجديدة يحضر الطرفان ، ثم فى جلسة تالية يتخلفا عن الحضور وتكون الدعوى غير صالحة للفصل فيها . فهل تشطب مرة ثالثة أم ماذا ؟ . لهذا السبب نص المشرع على التعديل الجديد وهو أن الشطب يكون مرة واحدة طوال حياة القضية .

هذا الرأى فعال ويحافظ على اقتصاديات الإجراء ويضع حد سريع للمنازعات ، ومع ذلك فهو يتعارض مع فلسفة الإجراءات باعتبارها خادمة للحقوق الموضوعية ، لأن مخالفة الإجراءات فى مثل هذه الحالة المتمثلة فى الغياب قد يؤدى إلى الإطاحة بأصل الحق الموضوعى .

بينما ذهب رأى آخر بأن المقصود بالشطب الذى يُمنع هو ذلك الشطب الذى يرد بعد شطب آخر . كما لو شطبت الخصومة ثم عجلت وفى الجلسة الجديدة لم يحضر أحد فهنا يجب الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن . أما إذا شطبت الدعوى ثم عجلت ، ثم حضر الخصوم ، ثم غابوا فى جلسة أخرى فلا مانع من الشطب مرة ثانية ، لأن ذلك يتمشى مع فلسفة الإجراءات باعتبارها خادمة للحق الموضوعى ، كما أن نص القانون يسمح بذلك فعباراته تحتمل هذا التفسير كذلك لاعبرة بما ورد فى المذكرة الإيضاحية من القول بأن الشطب يكون لمرة واحدة طوال حياة القضية .

وننتقل الآن إلى دراسة المبحث الثانى الخاص بعوارض خصومة الطعن بالإستئناف .

المبحث الثانى

عوارض خصومة الطعن بالإستئناف

٢٤٢ – خصومة الدرجة الثانية ، شأنها شأن أى خصومة قضائية يعترضها أثناء سيرها مجموعة من العوامل تؤثر فيها فتؤدى إلى ركودها مؤقتا ، أى تؤدى إلى عدم السير فيها مؤقتا حتى يزول العارض الذى ألم بعنصر من عناصرها ، وهناك عوارض أخرى أشد جسامة من الأولى ، تؤدى ليس إلى مجرد وقف السير فى الخصومة ، بل إلى انقضاء هذه الخصومة دون أن يصدر فيها حكما حاسما لموضوعها .

نتناول بالتفصيل هذه العوارض ، مع التركيز على الخصوصية التى تمس خصومة الطعن بالإستئناف ، ونقسم الدراسة فى هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : ركود الخصومة ، أسبابه وآثاره .

المطلب الثانى : انقضاء الخصومة بغير حكم فى موضوعها، أسباب الإنقضاء وآثاره .

المطلب الأول

أسباب ركود خصومة الإستئناف وآثاره

٢٤٣ – نعالج فيما يلى وقف خصومة الإستئناف ، وانقطاعها فى فرعين متتاليين .

الفرع الأول

وقــف خصومــة الإستئنـــاف

٢٤٤ - سبق لنا القول فى العديد من المرات أن المادة ٢٤٠ مـن قانون المرافعات المصرى قـد نصـت علـى سريان القواعد المقـررة أمـام محكمـة الدرجـة الأولـى سواء فيمـا يتعلـق بـالإجراءات أو بالأحكـام علـى خصومة الإستئناف مالم ينص القانون على غير ذلك .

وبناء على هذا فإن قواعد وقف الخصومة أمام محكمة أول درجـة تجد مجالا لإعمالها بصدد خصومة الإستئناف . ويهمنـا فـى هـذا النطـاق تفصيل مسـألة وقـف الخصومـة أمـام محكمـة الدرجـة الثانيـة ، وإظهــار الخصائص المميزة لهذا الوقف أمام هذه الدرجة من درجات التقاضى .

أجازت المادة ٢/١٢٨ من قانون المرافعات صراحة إعمال الوقف الإتفاقى للخصومة أمام محكمة الإستئناف . كما أن نـص المـادة ١٢٩ مـن قانون المرافعات يشمل فى عمومه جواز الوقـف التعليقـى للخصومـة أمـام محكمة الدرجة الثانيـة ، وذلـك فـى الأحـوال التـى قد تـرى فيهـا محكمـة الإسـتئناف تعليـق حكمهـا فـى الموضـوع علـى الفصـل فـى مسـألة أخـرى يتوقف عليها الحكم .

كما يحتضن نص المادة ٢/٩٩ من قانون المرافعـات مسـألة وقـف الخصومـة كجـزاء علـى تخلـف المسـتأنف عـن تنفيذ مـاقد تـأمر المحكمـة باتخاذه من إجراءات المرافعات فى الميعاد الذى تحدده المحكمة . وتنـص المادة ١/١٦٢ من قانون المرافعات على حالة الوقف بقوة القانون فى حالة تقديم طلب الـرد ، وهـذا النـص يعمـل بـه أيضـا أمـام محكمـة الإسـتئناف اعمالا للنص العام الوارد فى المادة ٢٤٠ من قانون المرافعـات . والواقـع أن هذه الإحالة العامة يعمل بها بالنسبة للكافة حالات الوقـف التـى قـد تـرد فى قانون آخر غير قانون المرافعـات ، طالمـا لايوجـد نـص يقضـى بغيـر ذلك فى قانون المرافعات أو فى قانون آخر .

فما هو ، اذن ، المقصود بوقف الخصومة ، وما هى قواعده أمام محكمة الإستئناف ، وماهى الآثار المترتبة عليه .

٢٤٥ - تعريف وقف الخصومة :

وقف الخصومة هو عدم السير فيها خلال مدة معينة ، قد تتحدد صراحة أو قد تتحدد باتخاذ إجراء معين ، يعتبر اتخاذه إيذانا بانتهاء فترة الوقف وعودة الخصومة الى سيرها الأول [١] . وبوقف الخصومة فإنه يتم استبعاد أى نشاط فيها ، وتدخل هذه الخصومة فى مرحلة ركود حتى ينتهى الوقف . وبناء على ذلك يرى البعض أنه إذا حدث أن بدأت مرحلة فى نفس الخصومة ، ثم توقف النشاط فى المراحل الأخرى حتى تنتهى هذه المرحلة ، فإن هذا لايعتبر وقفا للخصومة بالمعنى الصحيح .

ومثال ذلك حالة ماإذا ندبت المحكمة قاضى محكمة المواد الجزئية التى يقع المكان الواجب إجراء الإثبات فى دائرتها لاجراء هذا الإثبات . فيما أن الإثبات فى هذه الحالة ماهو إلا مرحلة فى نفس الخصومة الأصلية، لأنه مرتبط بها ولايشكل خصومة مستقلة ، فلا يمكن الكلام فى هذه الحالة عن وقف حقيقى للخصومة [٢] .

وتظهر أهمية هذه التفرقة فى أنه فى حالات وقف الخصومة بالمعنى الدقيق ، فإن مثل هذه الخصومة لايمكن أن تسقط بسبب عدم قيام الخصم بنشاط فيها . بينما إذا وقفت الخصومة ، حتى تنتهى مرحلة فيها - إذا أمكن تسمية هذه الحالة وقف للخصومة - فإنها يمكن أن تسقط بسبب عدم قيام الخصم بنشاطه أثناء هذه المرحلة [٣] .

ويتميز وقف الخصومة بهذا المعنى عن تأجيل سير الخصومة ، ففى وقف الخصومة قد لايتحدد مدة الوقف ، أما فى التأجيل فمدته

---

(١) أبو الوفا . المرافعات . ط ١٢ . ص ٥٣١ هامش (٢) .

(٢) فتحى والى . ص ٥١٠.

(٣) فتحى والى . ص ٥١٠.

معروفة فى القرار الصادر به ، وبالتالى فمعرفة الجلسة التى تعود فيها الخصومة الى السير تكون مؤكدة . التأجيل يتم دائما بقرار صادر من المحكمة ، أما وقف الخصومة فقد لايحتاج إلى هذا القرار ، كما فى حالات وقف الخصومة بقوة القانون .

التأجيل لايمكن حصر أسبابه ، أما الوقف فأسبابه محددة فى القانون (١). ونفس هذا المعنى نجده فى الفقه الفرنسى الذى يميز بين وقف للخصومة تبعى accessoire ومسألة الوقف للفصل فى مسألة أولية question préjudicielle . ووقف أصلى principale ومثاله الوقف الإتفاقى suspension concentionnelle . والخصومة الموقوفة فى فرنسا لايمكن أن تتعرض للسقوط (٢) .

وقف الخصومة إذاً هو عدم السير فيها لسبب ما مدة معينة قد تكون محددة ، أو مترتبة على اتخاذ إجراء ما ، فإذا زال سبب الوقف عادت الخصومة مرة ثانية إلى السير .

٢٤٦ - أنواع وقف الخصومة :

لوقف الخصومة أنواع متعددة ، وإنما معنى الوقف يظل كما هو.

فالوقف قد يكون اتفاقيا ، وقد يكون جزائيا ، وقد يكون تعليقيا وأخيرا قد يقع وقف الخصومة بقوة القانون . ونستعرض فيما يلى هذه الأنواع باختصار مركزين الإنتباه على خصومة الإستئناف .

١ - وقف الخصومة الإتفاقى La suspention conventionnelle

نصت على هذا النوع من الوقف المادة ١٢٨ من قانون المرافعات، وإن كانت هذه المادة قد استخدمت عبارة وقف الدعوى ،

---

(١) أبو الوفا . المرافعات . ط ١٢ . ص ٥٣٣ . هامش ١ ، ٢ .

VINCENT. op. cit. p. 991.

(٢) G. CORNU et J. FOYer. procédure civile. 1958. p. 462.

فالواقع أن الذى يقف هو الخصومة المتولدة عن رفع هذه الدعوى . فالدعوى هى أحد الحقوق الإجرائية التى تمارس بشكل معين ، فإذا ماإستخدمت تولدت عنها مجموعة من الآثار منها الخصومة القضائية ، هذه الأخيرة هى التى يرد عليها الوقف أو الإنقطاع .

والمشرع وفقا للمادة ١٢٩ من قانون المرافعات يجيز للأطراف الإتفاق على وقف إجراءات الخصومة خلال مدة معينة ، ولا أهمية للبواعث التى تدفع الأطراف لابرام هذا الإتفاق . والغالب أن يكون ورائه مشروع صلح . وهذا النوع من أنواع الوقف هو أحد الرخص التى منحها المشرع للأطراف ، فبدلا من تكرار التأجيل الذى قد لايوافقهم عليه القاضى رؤى تخويلهم هذه الرخصة لتحقيق غرضهم المشترك من وقف الخصومة .

ولتمام الوقف الإتفاقى فإنه يجب أن يتم برضاء جميع الأطراف . ويقصد بالأطراف الأطراف الأصليين والمتدخلين أو المختصمين (١). ومع ذلك يرى البعض الآخر من الفقه أنه من الجائز الإتفاق على الوقف بين بعض الأطراف دون البعض الآخر إذا كان موضوعها يقبل التجزئة مالم ينص القانون على غير ذلك أو كان موضوعها لايقبل التجزئة (٢) .

والواقع أنه بالنظر إلى طبيعة الخصومة القضائية السابق لنا دراستها ، واعتبار هذه الخصومة هى كتلة من الإجراءات ترمى إلى التوصل فى النهاية إلى حكم قضائى ، فإننا نؤيد الرأى الأول الذى يشترط اتفاق جميع الأطراف حتى يمكن التوصل إلى وقف الخصومة اتفاقيا (٣). ونص المادة ١٢٨ يقضى صراحة بضرورة " اتفاق الخصوم " على عدم

---

(١) فتحى والى . ص ٥١٢ - العشماوى . المرافعات جـ ١ . ص ٥٣٠ - وجدى راغب . ص ٣٩٩ .

(٢) أبو الوفا. التعليق . جـ ١ . ص ٤٧١.

(٣) كمال عبدالعزيز .

السير فى الدعوى . والواقع أننا نرى أنه حتى فى الحالات التى يرى البعض فيها أن الخصومة تقبل التجزئة وبالتالى يجوز الإتفاق على وقف جزء من إجراءاتها ، فإن مثل هذا الإتفاق يجب لصحته أن يحوز اتفاق جميع الخصوم .

ويجوز الإتفاق على وقف الخصومة من جانب وكلاء الخصوم الحاضرين عنهم دون حاجة إلى توكيل خاص [1] . ويجب ألا تزيد مدة الوقف الإتفاقى عن ثلاثة أشهر [2] .

وتبدأ هذه المدة من تاريخ اقرار المحكمة لاتفاق الخصوم . وإذا تم الإتفاق على مدة تزيد عن ثلاثة أشهر وجب على المحكمة من تلقاء نفسها أن تنقصها إلى هذا القدر .

ومع ذلك فليس فى نص المادة ١٢٨ من قانون المرافعات مايمنع من تكرار الإتفاق على وقف الخصومة . ويكون هذا الإتفاق الجديد على الوقف بعد تعجيل الدعوى من الوقف الأول تعجيلا صحيحا بطبيعة الحال. والمادة ١٢٨ من قانون المرافعات تنص على أنه : " يجوز وقف الدعوى ... " ، وبالتالى فللقاضى سلطة تقديرية فى اقرار هذا الإتفاق ، فله أن يعتمد هذا الإتفاق أو لايعتمده حسب سلطته التقديرية . وإن كان البعض يرى أنه يجب على القاضى ألا يرفض اقرار الإتفاق إلا لأسباب هامة [3].

بينما يرى البعض الآخر أن المحكمة لاتملك أن ترفض الموافقة على وقف الدعوى ، ويبرز هذا البعض موقفه بأن الخصومة لازالت ملكا لخصومها ، ومع ذلك فإننا نرى أن هذا الفقه يضرب عرض الحائط بالجواز الوارد فى صدر المادة ١٢٨ من قانون المرافعات ، والذى بناء

---

(١) نقض مدنى ١٩٥٥/٣/١٧ . مجموعة النقض . س ٦ . ص ٨٤٦.

(٢) تم تعديل مدة الوقف الإتفاقى وقصرها على ثلاثة أشهر فقط بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ .

(٣) فتحى والى . ص ٥١٢.

عليـه يتمتع القاضى بسلطـة تقديريـة فـى قبـول الوقـف الإتفـاقى أو عـدم قبوله [١] . والقرار الصادر من القاضى باعتماد وقف الخصومة هو عمـل من أعمال الإدارة القضائية لأنه لايحسم نزاعا ناشـبا بيـن الخصـوم ، ولا يحـوز حجيـة الشـئ المقضـى بـه [٢] . وبنـاء علـى هـذه الطبيعـة الخاصـة بـالقرار الصـادر باعتمـاد الوقـف الإتفـاقى للخصـومـة ، فإنـه مـن الجـائز للقـاضى أن يرجـع عـن قـراره لأسباب تـبرر ذلـك [٣] . وكذلـك يجـوز للخصوم أن يعجلوا الدعوى حتى تعـود الخصومـة الـى سيرها حتـى قبـل انتهاء المدة المتفق على وقف الخصومة خلالها ، وذلك لأى سبب كـان . وإذا عجل أحد الخصوم سير الخصومـة فـى مثـل هـذه الحالـة فـلا يجـوز لخصمه الأخر الإعتراض على هذا التعجيل . فكأن الإتفاق الواجب اجماع جميع الأطراف عليه فى مسألة وقـف الخصومـة ، لايكـون لـه محـل فـى حالة تعجيل الخصومة ، لأن فى التعجيل مايفترض معه فضـل المشـروع الذى كان يهدف الخصوم الى تحقيقه بالإتفاق علـى الوقـف [٤]. ومـع ذلـك فليس فى القانون مايحول دون تكرار الوقف الإتفاقى بعـد التعجيـل ، ومـع ذلك فلا خشية من تكرار مثـل هـذا الوقـف ، لأن فـى السـلطة المخولـة للقاضى فى جواز اعتماد اتفاق الخصوم مايحول دون التعسف فى استعمال رخصة الوقف [٥] . وتسرى مدة الوقف من تاريخ صـدور قـرار المحكمـة باعتماد الوقف الإتفاقى وليس من تاريخ الاتفاق ذاته .

---

(١) عبدالباسط جميعى . ص ٥٠٨.

(٢) أبو الوفا . التعليق . جـ ١ . ص ٤٧٢ – أبو الوفا . المرافعات . ص ٥٣٤.

(٣) فتحى والى . ص ٥١٢ .

(٤) الإسكندريـة الإبتدائيـة ١٩٥٤/١٢/٢٧ . القضيـة رقم ١٧٧٣ سنـة ١٩٥٢ ق تجارى كلى .

– قنا الإبتدائية . ١٩٥١/١/١٠ . المحاماة . س ٣٢ . ص ٦٨٢.

(٥) عبدالباسط جميعى . ص ٥٠٨.

ومع ذلك فيلاحظ أن المادة ٢١٢ من قانون المرافعات قد أجازت الطعن المباشر وقبل صدور الحكم المنهى لكل الخصومة فى القرار الصادر بالوقف .

ولايؤثر القرار الصادر بالوقف فى أى ميعاد حتمى يكون القانون قد حدده لاتخاذ إجراء ما. فهذا الميعاد يتعين اتخاذ الإجراء في خلاله وإلا سقط الحق في اتخاذ مثل هذا الإجراء . ومثال ذلك إذا صدر حكم فى شق من الموضوع مما يقبل الطعن المباشر ، ثم وقفت الدعوى بناء على اتفاق الخصوم ، فلا تأثير لهذا الوقف على سريان ميعاد الطعن فى ذلك الحكم [١] . والواقع أن الوقف الاتفاقى للخصومة يقتصر أثره على وقف الإجراءات التى لم يحدد لها القانون ميعادا حتميا [٢] .

وإذا اتخذ أثناء مدة الوقف أى إجراء كان هذا العمل باطلا ، طالما لم يحصل قبله تعجيل للخصومة . فالتعجيل هو فى رأينا مجرد فسخ للإتفاق السابق على وقف الخصومة ، فإذا لم يحصل هذا التعجيل أصاب البطلان كل إجراء يتخذ أثناء مدة الوقف . وإذا انتهت حالة الوقف – لأى سبب كان – استأنفت الخصومة سيرها من النقطة التى وقفت عندها مع الإعتداد بكل الإجراءات السابقة .

وفيما يتعلق بتعجيل الدعوى من وقفها الإتفاقى ، فإننا نلاحظ أن المادة ٢/١٢٨ من قانون المرافعات تنص على أن : " وإذا لم تعجل الدعوى فى ثمانية الأيام التالية لنهاية الأجل اعتبر المدعى تاركا دعواه والمستأنف تاركا استئنافه " .

نعالج فيما يلى " التعجيل " وهو الإجراء الذى بمقتضاه تستأنف الخصومة سيرها بعد الوقف ، ثم نعالج الجزاء المترتب على عدم

---

(١) أبو الوفا . المرافعات . ص ٥٣٦.

(٢) وجدى راغب . ص ٤٠٣.

التعجيل فى الميعاد ، ونركز بحثنا على خصومة الإستئناف فى مجال دراستنا فى هذا المقام .

أ - التعجيـــــل :

التعجيل هو قيام الخصم باتخاذ إجراء معين يهدف إلى اخطار الطرف الآخر بالعزم على إعادة السير فى الخصومة الموقوفة . ولهذا التعجيل ميعاد معين يجب احترامه . هذا الميعاد هو ثمانية الأيام التالية لنهاية الأجل المتفق عليه كحد لوقف الخصومة ، سواء كان هذا الأجل ثلاثة أشهر أو اقل من ذلك . وهذا الميعاد ميعاد ناقص يتعين أن يتم التعجيل فى خلاله وإلا استحق الجزاء المنصوص عليه فى المادة ٢/١٢٨. يشترط إذاً أن يتم التعجيل فى خلال هذا الميعاد ، ويضاف إلى ميعاد الثمانية أيام ميعاد مسافة يحسب على أساس المسافة بين موطن المدعى الأصلى إلى مقر المحكمة . وهنا يراعى صالح المدعى ، ثم يضاف ميعاد آخر من مقر المحكمة إلى موطن المدعى عليه حتى تراعى مصالحه أيضا [١] . ويتعين أن يتم إعلان المستانف عليه بالفعل بهذا التعجيل فى خلال ميعاد الثمانية أيام اللمنصوص عليه فى المادة ٢/١٢٨ مرافعات وإلا اعتبر المستأنف تاركا استئنافه وتطبق قواعد الترك التى سوف نشير اليها من بعد (م ٥ مرافعات) [٢] . وعلى هذا المعنى تسير محكمة النقض المصرية ، وعلى ذلك فلا يكون الميعاد مرعيا إلا إذا تم إعلان صحيفة التعجيل أو التجديد فى خلال الثمانية أيام التالية لإنتهاء مدة الوقف [٣].

والتعجيل أو التجديد يتم بإجرائين. هما:تحديد جلسة أى ادراج القضية فى الجدول من جديد وإعلان الخصم بهذه الجلسة فى خلال

---

(١) ابو الوفا . المرافعات . ص ٥٣٦ هامش (١).

(٢) ابو الوفا . التعليق . جـ ١ . ص ٤٧٢.

(٣) - نقض مدنى ١٩٧٤/٣/٢٥. طعن رقم ٢٧٣ . س ٣٩ . =

الميعاد.

ويرى البعض أنه من الممكن للأطراف الإتفاق على انهاء الوقف قبل انتهاء مدته (١) . والميعاد المحدد للتعجيل فى المادة ٢/١٢٨ لايرد عليه الوقف أو الإنقطاع لأنه من مواعيد السقوط . ومع ذلك فمن الممكن وقف هذا الميعاد لقيام قوة قاهرة (٢).

وإذا تعدد المستأنفون فإنه من الجائز قيام البعض منهم بتعجيل الدعوى دون البعض الآخر ، ويعتبر ذلك فسخا للإتفاق على الوقف ، وهنا تستأنف الدعوى سيرها فى مواجهة من عجلها دون البعض الآخر الذى لم يعجل هذه الخصومة .

وإذا عجل المستأنف الخصومة فى الميعاد المحدد فى المادة ٢/١٢٨ ثم تأجلت الدعوى إداريا ، فإنه يقع على عاتق ذات المستأنف عبء تعجيلها إذا شطبت فى الجلسة الأخيرة . وإذا ماتم التعجيل فى الميعاد فإن الخصومة تستأنف نشاطها المعتاد ولايهم أن تكون الجلسة المحددة لنظر الدعوى تقع بعد ميعاد الثمانية ايام سالفة الذكر . لأن ميعاد التعجيل الواجب احترامه قد احترم بالفعل،أما تاريخ الجلسة فهو أمر آخر

وإذا نص القانون على وقف دعاوى معينة لأجل معين حتى يتم أمر ما ، ولم يحدد ميعادا للتعجيل ، ولا جزاء على عدم التعجيل ، فإن الجزاء فى هذه الأحوال يخضع للقواعد العامة فى قانون المرافعات (٣) .

= - نقض مدنى ١٩٧٤/٥/٢٧. طعن رقم ٤١٣. س ٣٩ .
- نقض مدنى ١٩٧٥/٥/٢١. طعن رقم ٣٥٨. س ٣٩ .
- نقض مدنى ١٩٧٧/١/١٢ . طعن رقم ٣٧٥ س ٤٣ .
مشار اليها فى كمال عبدالعزيز ص ٢٨٩.

(٣) فتحى والى . ص ٥١٣ .

(٤) كمال عبدالعزيز . ص ٢٨٩.

(٣) ابو الوفا . المرافعات . ص ٥٣٦ هامش (٢) .

ويلاحظ أن المشرع لم يوجب على قلم الكتاب تعجيلالدعوى بعد انتهاء مدة الوقف الإتفاقى ، فلا مجال إذا لقيام قلم الكتاب بهذا الإجراء ، وإن قام به فلا يحدث أى أثر .

وإذا قام المستأنف عليه بالتعجيل سواء فى خلال الثمانية ايام أو بعدها ، واعترض المستأنف على هذا التعجيل ، فهنا تطبق قواعد ترك الخصومة .

وإذا قام المستأنف بالتعجيل بعد فوات الميعاد ، كان على المحكمة أن تحكم باعتبار الإستئناف كأن لم يكن ، والمحكمة هنا تقرر ، مجرد تقرير ، جزاء سبق وقوعه بقوة القانون . بمعنى أن اعتبار الدعوى كأن لم تكن هو جزاء يقع بقوة اقانون ، ولا تحكم به المحكمة إلا إذا تمسك به صاحب المصلحة فيه . وصاحب المصلحة هنا هو المستأنف عليه .

ويجب حتى يمكن اقرار هذا الجزاء من جانب المحكمة أن يتمسك المستأنف عليه بإعماله . فإن لم يتمسك به ، ومع ذلك حكمت المحكمة بهذا الجزاء ، فإنها تكون قد قضت بما لم يطلبه الخصوم ويكون حكمها قابل للإلتماس ، أو للطعن بالنقض لخطأ فى تطبيق القانون . وهذا الجزاء لايتعلق بالنظام العام . ويتعين على صاحب المصلحة التمسك به قبل الكلام فى الموضوع ، فإن تعرض للموضوع دون أن يتمسك بإعمال هذا الجزاء عد متنازلا عن التمسك به (١) .

ومع ذلك فلا يلزم التمسك بإعمال هذا الجزاء فى الجلسة الأولى التالية للتعجيل . وفى هذا المعنى حكمت محكمة النقض المصرية بأن : "مجرد سكوت المستأنف ضده عن إبداء الدفع باعتبار المستأنف تاركا استئنافه فى الجلسة الأولى بعد التعجيل لايعتبر تنازلا ضمنيا عن الدفع

---

(١) - نقض مجنى ١٩٦٢/١/٣١. مجموعة النقض . س ١٣ . ص ١٤١ .
- نقض مدنى ١٩٦١/١١/٢٩. مجموعة النقض . س ١٢ . ص ٧٢١.
- نقض مدنى ١٩٦٦/١٢/٦ . مجموعة النقض . س ١٧ . ص ١٧٧٥.

مسقطا لحقه فى التمسك به فى الجلسة التالية متى كانت الدعوى قد تـأجلت لاتمام اعلان باقى المستأنف ضدهم دون أى تكلم فى الموضوع من جـانب المستأنف عليه الحاضر " (١) .

وإذا كنا قد سبق لنا القول بضرورة اتفاق كافة الأطراف على الوقف ، وشرحنا مبررات ذلك فى حينه ، وإذا كنا قد قلنا بجواز تعجيل الدعوى من جانب البعض دون البعض الآخر باعتبار ذلك فسخا لاتفاق الوقف ، لأن للوقف الإتفاقى طبيعة تصرفية تؤثر فى نظامه القانونى (٢)، فليس فى هذا تناقض لأن على القاضى اعمالا لدوره الإيجابى أن يكلف من يراه من الخصوم بالتعجيل بالنسبة للكافة .

إذا كان هذا هو مايتعلق بتعجيل الخصومة بعد وقفها اتفاقيا أمام محكمة الإستئناف فإننا نعالج فى إيجاز طبيعة الجزاء على عدم التعجيل .

ب - الجزاء على عدم تعجيل الخصومة بعد نهاية مدة الوقف :

إذا كان من الجائز تعجيل الخصومة فى الإستئناف قبل نهاية مدة الوقف ، لأن فى التعجيل مايفصح عن فشل الخصوم فى المشروع الذى من أجله تم ايقاف سير الخصومة ، ففى هذه الحالة لانعتقد أن هناك ميعاد معين يجب فيه اجراء هذا التعجيل . ويعتبر ذلك فسخا بالإرادة المنفردة لاتفاق الوقف . ولايوجد جزاء فى هذه الحالة ، لأنه لايوجد ميعاد يتعين احترامه لاتمام التعجيل .

أما إذا انتهت مدة الوقف ، فإنه يجب اتمام التعجيل وفقا للمادة ٢/١٢٨ من قانون المرافعات وفى خلال الميعاد الناقص المحدد فى هذه المادة ، وإلا اعتبر المستأنف تاركا استئنافه كما سبق القول . فالخصومة بانقضاء ميعاد الثمانية أيام تعتبر كأن لم تكن بقوة القانون كما سبقت

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٦/٤/١٤ . مجموعة النقض . س ١٧ . ص ٨٥٢.
(٢) وجدى راغب . الموجز . ص ٤١٠.

الإشارة . وبالتالى فهى تزول وتزول كافة الآثار المبنية عليها . وبناء على ذلك فيمتنع الطعن مرة ثانية فى الحكم بالإستئناف ، وذلك إذا كان ميعاد الطعن يبدأ فى الحكم من تاريخ صدوره . أما إذا كان ميعاد الطعن فى الحكم يبدأ من تاريخ اعلانه وكان هذا الحكم قد تم اعلانه بالفعل وبالتالى جرى ميعاد الطعن، فإنه هنا أيضا يمتنع تجديد الطعن بالإستئناف . أما إذا لم يكن هذا الحكم قد تم اعلانه ، وبالتالى لم يبدا الميعاد المحدد للطعن فيه بالإستئناف ، ورغم ذلك كان قد حدث طعن بالإستئناف فيه قبل تمام هذا الإعلان ، فإنه من الجائز تجديد الطعن فى مثل هذا الحكم بالإستئناف بعد اعلانه بطبيعة الحال .

٢٤٧ - ونعالج فيما يلى النوع الثانى من أنواع وقف الخصومة أمام محكمة الإستئناف .

٢ - وقف الخصومة الجزائى أمام محكمة الإستئناف :

بما أن المادة ٩٩ من قانون المرافعات المصرى تعالج الوقف الجزائى للخصومة ، وتجيز هذه المادة للمحكمة بدلا من الحكم على المدعى بالغرامة أن تحكم بوقف الدعوى لمدة لاتجاوز شهر وذلك بعد سماع اقوال المدعى عليه(١). وبما أن هذه المادة تنص على أنه إذا مضت مدة الوقف ولم يطلب المدعى السير فى الدعوى خلال خمسة عشر يوما التالية لإنتهائها ، أو لم ينفذ ما أمرت به المحكمة حكمت المحكمة باعتبار الدعوى كأن لم تكن .

هذا هو الوقف الجزائى للخصومة ، جزاء على المدعى المهمل الذى تامره المحكمة باتخاذ إجراء معين فلا يقوم به .

هذه المادة من الجائز اعمالها أمام محكمة الإستئناف اعمالا لنص الإحالة العام الوارد فى المادة ٢٤٠ من قانون المرافعات .

---

(١) تعديل المدة وإنقاصها من ثلاثة اشهر إلى شهر واحد بالقانون ١٨ لسنة ١٩٩٩.

وحتى تستطيع المحكمة أن تحكم بالوقف الجزائى فى نطاق المادة ٩٩ من قانون المرافعات فإنه يتعين توافر الأمور الآتية :

أ - اهمال المستأنف بتخلفه عن القيام بأى إجراء من الإجراءات التى قد تطلبها منه المحكمة ، وبالتالى فلا يجوز اعمال هذا الجزاء عند اهمال المستأنف عليه (١) .

ب - سماع اقوال المستأنف عليه فى صدد هذا الجزاء قبل توقيعه فقد تكون له مصلحة فى استمرار سير الخصومة (٢) .

ومع ذلك فالقانون لم يشترط موافقة المستأنف عليه حتى يمكن اعمال هذا الجزاء (٣) .

جـ - ويجب ألا تزيد مدة الوقف عن شهر ، ومفهوم ذلك أنه من الجائز أن تكون مدة الوقف اقل من هذا .

د - ويشترط حتى يولد وقف الخصومة فى هذه الحالة أن يصدر به حكم من المحكمة ، ومن تاريخ هذا الحكم تبدأ مدة الوقف ، والحكم بالوقف أمر جوازى للمحكمة .

والحكم الصادر بوقف الدعوى فى مثل هذه الحالة يخضع للقاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة ٢١٢ مرافعات من ناحية قابليته للطعن المباشر فيه . وإذا صدر هذا الحكم من محكمة الإستئناف فيجوز الطعن فيه مباشرة بالنقض . وهذا الطعن جائزا للمدعى وللمدعى عليه (المستأنف والمستأنف عليه) ، وإن كان البعض يرى أن المستأنف عليه ليس له الحق فى الطعن فى حكم الوقف ، لأن هذا الحكم صدر بعد قبوله

---

(١) وجدى راغب . ص ٤١١ .

(٢) ابو الوفا . التعليق . ص ٣٥٤.

(٣) وجدى راغب . ص ٤١١، عكس ذللاك ابو الوفا . التعليق ص ٣٥٥ . ونحن نؤيد رأى وجدى راغب لتمشيه مع نص المادة ٩٩ من قانون المرافعات .

اياه [1] . ولكننا لانواق هذا الرأى على ماذهب اليه لأن المـادة ٩٩ تتطلـب فقط سماع أقوال المدعى عليه قبل الحكم بوقف الدعوى ، وسماع أقوالـه لايعنى قبوله ، فحتى بعد سماع هذه الأقوال من الجائز الأ تحكم المحكمـة بالوقف .

ولايجوز تحريك الدعوى قبل انقضاء مدة الوقف ولو قام المستأنف بما أمرته به المحكمة ، وهنا يختلف هذا الوقف عن اوقف الإتفـاقى الـذى يجوز فيه تحريك الدعوى قبل انتهاء مدة الوقف .

وإذا مضت مدة الوقف ولم يطلب المدعي السير فى الدعوى خلال خمسة عشر يوما التالية لانتهائهـا ، أو لـم ينفذ مـا أمرت بـه المحكمـة ، حكمت المحكمة باعتبار الدعوى كأن لم تكن .

بهذا التعديل الذى أتى به القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ يكون ذلـك هـو التعديـل الثـانى الـذى أتـى بـه المشـرع علـى المـادة ٩٩ مرافعـات بخصوص الوقف الجزائى والذى جعل مدته شـهرا واحـدا ، وكـان الأول بموجب القانون ٢٣ لسـنة ١٩٩٢ حيث جعل مـدة الوقـف الجزائـى ثلاثـة اشهر بدلا من ستة كما كان ينص على ذلك وقانون ١٩٦٨ ذلك الأخير لـم يكن يحدده مدة يتم فيها التعجيل بعد انقضاء مدة الوقف وكذلك فعل قـانون ١٩٩٢. أمـا قـانون ١٩٩٩ فقـد نـص علـى إمكانيـة تعجيـل الدعـوى مـن الوقف خلال خمسة عشر يوما من انتهاء مدة الوقف . فإذا لم يتم التعجيل فى الميعاد ، أو إذا تم ولـم يقـوم المدعـى بمـا أمـرت بـه المحكمـة وجـب عليها الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن .

هنـا لايوجـد أى دور لموافقـة أو عـدم موافقـة المسـتأنف عليـه (المدعى عليه) .

والحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن هو أمر وجوبى للمحكمـة ،

---

(١) ابو الوفا . ص ٣٥٥ .

لايشترط أن يطلبه صاحب المصلحة .

ويترتب على الحكم باعتبار الطعن كأن لم يكن زوال الخصومة وزوال سائر إجراءاتها وزوال الآثار القانونية المترتبة على قيامها . ويعود الخصوم الى الحالة التى كانوا عليها قبل رفع الطعن . ومع ذلك فإذا كان الحكم المطعون فيه بالإستئناف مما لايبدأ ميعاد الطعن فيه إلا من تاريخ اعلانه ، ومع ذلك فكان قد طعن فيه قبل تمام هذا الإعلان ، فإذا حكم باعتباره كأن لم يكن ، فيكون من الجائز إعادة الطعن فى هذا الحكم بالإستئناف من تاريخ تمام الإعلان .

وباعتبار الخصومة كأن لم تكن وزوالها هى وآثارها ، فإنه مع ذلك تبقى الأحكام القطعية فهى لاتسقط ، ولايسقط الحق الثابت فيها إلا بالتقادم الطويل (١) .

٢٤٨ - ٣ - الوقف التعليقى لخصومة الإستئناف :

تنص المادة ١٢٩ من قانون المرافعات على أنه : " فى غير الأحوال التى نص فيها القانون على وقف الدعوى وجوبا أو جوازا يكون للمحكمة أن تأمر بوقفها كلما رأت تعليق حكمها فى موضوعها على الفصل فى مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم . وبمجرد زوال سبب الوقف يكون للخصوم تعجيل الدعوى " .

توجد صلة وثيقة بين اللعديد من الروابط والمراكز القانونية التى تنشأ فى الحياة العملية . ويحدث أن تثور منازعة بصدد رابطة أو مركز قانونى معين ، ويتم عرض هذه المنازعة أمام القضاء ، ثم تثور بمناسبة هذا النزاع نزاع آخر فى رابطة قانونية على اتصال وثيق بالرابطة

---

(١) نقض مدنى ١٩٥٧/٢/١٦ . مجموعة النقض . س ٧ . ص ٢١٨.
- نقض مدنى ١٩٦٥/١١/١١ . مجموعة النقض . س ١٦. ص ١٠٣٦.
- نقض مدنى ١٩٧٧/٤/٢٦ . طعن رقم ٥٠٨ . س ٤٣.

الأولى. وبهذا يكون الفصل فى النزاع المتأخر مفترضا ضروريا للفصل فى النزاع الأول [1] .

والأصل أن الفصل فى المسألة الأولية يكون لنفس المحكمة التى تنظر الخصومة الأصلية . ومع ذلك فقد تثار مسألة أولية فى الدعوى يتوقف عليها الفصل فى الدعوى الأصلية ، كمسألة الملكية فى دعوى القسمة (م ٢/٨٣٨ مدنى) ، أو مسألة النسب فى دعوى النفقة ، أو مسألة دستورية القانون المراد تطبيقه فى الدعوى الأصلية ، وقد تكون هذه المسألة الأولية من اختصاص محكمة أخرى من نفس الجهة ، أو من اختصاص جهة قضائية أخرى . فى هذه الحالة تثور مسألة الوقف التعليقى للدعوى الأصلية .

وفى مثل هذه الأحوال تحكم المحكمة بوقف الدعوى الأصلية إلى حين الفصل فى المسألة الأولية من المحكمة المختصة بها . ويكون ذلك سواء كانت الدعوى بالمسألة الأولية مرفوعة فعلا ومن قبل أمام هذه المحكمة ، أم لم ترفع بعد .

وللمحكمة التى تنظر الدعوى الأصلية السلطة الكاملة فى وقف الدعوى حسب تقديرها المطلق . ويرى البعض أن مسألة تقدير لزوم الفصل فى المسألة الأولية قبل الفصل فى النزاع الأصلى يرجع لتقدير المحكمة التى تنظر الدعوى الأصلية بلا معقب عليها من محكمة النقض ، مادام ذلك قد بنى على اسباب سائغة . وذلك مالم ينص القانون على وجوب الوقف فى أحوال محددة . ومن جهة أخرى فليس للمحكمة التى تنظر الدعوى الأصلية أن تأمر بالوقف إلا إذا قدرت وجود ارتباط بين الدعوى الأخرى والدعوى التى تنظرها على نحو يجعل الفصل فى الأولى

---

(١) فتحى والى . ص ٥١٠ .

ضروريا للفصل فى الثانية . ولهذا فإن هذا التقدير يعتبر مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض (١) .

وإذا ما اثيرت مسألة أولية تقتضى وقف الدعوى حتى يتم الفصل فيها ، سواء كانت هذه اثارة فى صورة طلب أو دفع ، فإن للمحكمة التى تنظر الدعوى الأصلية أن توقفها من تلقاء نفسها . وعليها أن تكلف الخصم الموجه اليه الدفع باستصدار حكم من المحكمة المختصة بنظر موضوعه (٢) .

وتنص المادة ١٦من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ فى شأن السلطة القضائية على أنه : " إذا دفعت قضية مرفوعة أمام المحكمة بدفع يثير نزاعا تختص بالفصل فيه جهة قضاء أخرى . وجب على المحكمة إذا رأت ضرورة الفصل فى الدفع قبل الحكم فى موضوع الدعوى أن توقفها وتحدد للخصم الموجه اليه الدفع ميعادا يستصدر فيه حكما نهائيا من الجهة المختصة فإن لم ترى لزوما لذلك أغفلت الدفع وحكمت فى الموضوع .

وإذا قصر الخصم فى استصدار حكم نهائى فى الدفع فى المدة المحددة كان للمحكمة أن تفصل فى الدعوى بحالتها " .

ويلاحظ على هذه المادة أنها تختلف عن المادة ١٢٩ من قانون المرافعات من عدة جوانب ، هى :

١ - هذه المادة ١٦ من قانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ توجب على المحكمة تحديد ميعاد للخصم لاستصدار حكم نهائى من الجهة المختصة ، بينما المادة ١٢٩ لاتوجب هذا المقتضى .

٢ - المادة ١٦ لاتكتفى بمجرد مضى الميعاد ، دون الحصول على حكم نهائى ، حتى تستطيع المحكمة التى تنظر الموضوع الأصلى

---

(١) فتحى والى . ص ٥١١ .

(٢) ابو الوفا . التعليق . ص ٤٧٤ .

غض النظر عن المسألة الأولية . بل تشترط تقصير الخصم . بينما لاتشترط المادة ١٢٩ شيئا من ذلك .

٣ - تجيز المادة ١٦ عند المخالفة الفصل فى الدعوى بحالتها دون انتظار الفصل فى المسألة الأولية ، بينما تشترط المادة ١٢٩ مرافعات زوال سبب الوقف حتى يمكن للخصوم تعجيل الدعوى [١] .

ونرى أنه يجب العمل بالمادتين معا ، لأن قانون السلطة القضائية كان القضاء يجرى على عدم تحديد ميعاد للخصم ليستصدر خلاله حكما فى المسألة الأولية ، وذلك لأنه قد يصعب عليه أن يقدر مقدما المدة اللازمة لاستصداره [٢] .

والحكم الصادر بالوقف التعليقى للخصومة يقبل الطعن المباشر فيه، وإذا صدر هذا الحكم من محكمة الإستئناف فيجوز الطعن فيه مباشرة بالنقض .

وتظل الخصومة قائمة رغم الوقف ، وتظل منتجة لكافة آثارها . وإذا حددت المحكمة أجلا للوقف ، فلا يجوز لأحد الخصوم تعجيلها خلال هذا الأجل، إلا إذا كان قد تم اتخاذ الإجراء الذى أوجبته المحكمة [٣] .

ويلاحظ أن المحكمة لايجوز لها بأى حال أن تفصل فى موضوع الدفع لأنه يخرج عن اختصاصها الوظيفى أو النوعى ، وحتى فى الأحوال المنصوص عليها فى المادة ١٦ من قانون السلطة القضائية ، فإن الفقرة الثانية منها تنص على أنه إذا قصر الخصم فى استصدار حكم نهائى فى الدفع فى المدة المحددة ، كان للمحكمة أن تفصل فى الدعوى

---

(١) كمال عبدالعزيز . ص ٢٩١.
(٢) ابو الوفا . التعليق جـ ١ . ص ٤٧٤.
(٣) نقض ١٩٣٣/٦/٢٢. المحاماة . س ١٤ . ص ٦٣.
- نقض مدنى ١٩٧٠/٢/٢٤ . مجموعة النقض . س ٢١. ص ٣١٢.

بحالتها . أى أنها تطرح تال للعمل بقانون المرافعات الحالى [١] . وقبل صدور قانون السلطة الدفع جانبا ، ولا تنظر إلا فى الدعوى الأصلية .

وإذا لم ترى المحكمة حاجة لوقف الدعوى ، فمن الواجب أن تبين عند رفض هذا الطلب الأسباب التى بنت عليها الرفض وغلا كان حكمها معيبا بالقصور فى التسبيب [٢] .

ولايجوز للمحكمة أن تأمر بوقف الدعوى إذا كان من الممكن أن يؤخذ الحكم فى المسألة الأولية من عناصر الدعوى نفسها لأن عليها أن تعرض لتصفية كل نزاع يقوم على أى عنصر من عناصر الدعوى يتوقف الحكم فيها على الفصل فيه [٣] .

والحكم الصادر بالوقف التعليقى للخصومة يتضمن حكما قطعيا بعدم جواز الفصل فى موضوع الدعوى قبل الفصل فى المسألة الأولية [٤]

ولهذا يرى البعض أنه ليس للمحكمة أن تعدل عن قرارها بالوقف وتنظر موضوع الدعوى قبل أن يقدم لها مايدل على الفصل فى المسالة الأولية [٥] .

ومع ذلك فإن المادة ٢/١٦ من قانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ تتضمن حكما بعكس ذلك .

والواقع أن المشرع بنصه فى المادة ٢/١٦ سالفة الذكر على جواز أن تفصل المحكمة فى الدعوى بحالتها إذا قصر الخصم فى استصدار حكم

---

(١) كمال عبدالعزيز . ص ٢٩١.

(٢) نقض ١٩٥٥/١٠/٢٥. مجموعة النقض . س ٦ . ص ١٣٩٧.

- نقض ١٩٥٥/١١/٢٤. مجموعة النقض . س ٦ . ض ١٥٧.

(٣) نقض مدنى ١٩٤٩/١/٦ مجموعة اقواعد القانونية رقم ٥ ص ٦٩٦.

(٤) فتحى والى . ص ٥١١ .

(٥) فتحى والى . ص ٥١١ .

نهائى في الدفع في المدة المحددة ، قد فاته بحق النظر إلى طبيعة الحكم الصادر بالوقف ، وهذه غلطة خطيرة ! .

فيما أن حكم الوقف التعليقى هو حكم قطعى ، فإنه لايسقط بسقوط الخصومة (١) ، وهو أيضا لايسقط بانقضاء الخصومة بمضى المدة (٢) .

وبناء على ذلك ، وفيما يتعلق بخصومة الإستئناف ، فإنه إذا حكم بسقوط الخصومة فى الإستئناف ، أو بانقضائها بالتقادم ، فإنه يترتب على ذلك أن الحكم المطعون فيه يصير انتهائيا . ومع ذلك فيما أن حكم الوقف التعليقى هو حكم قطعى ، فهو لايسقط بسقوط الخصومة . وهذا الحكم القطعى القائم يحفظ ماسبقه من الإجراءات ومنها صحيفة الإستئناف من السقوط أو التقادم . ومعنى هذا ببساطة هو بقاء الطعن قائما فى حكم أول درجة وعدم الفصل فيه وتعليق هذا الفصل على افصل فى المسألة الأولية ، وكل هذا يعنى عدم صيرورة حكم أول درجة انتهائيا. ويترتب على الوقف التعليقى ذات آثار الوقف الاتفاقى مع وقف جميع المواعيد الإجرائية ولو كانت حتمية ، بعكس الوقف الإتفاقى (٣) .

وننتقل الآن إلى معالجة الصورة الأخيرة من وقف الخصومة وهو الوقف بقوة القانون .

٢٤٩ - وقف خصومة الإستئناف بقوة القانون .

حينما ينص القانون على وقف الخصومة نتيجة لقيام سبب من الأسباب التى حددها ، فإنه يترتب على وجود هذا السبب وقف الخصومة بقوة القانون . وهنا ترتد آثار الوقف إلى لحظة قيام السبب الذى حدده القانون .

---

(١) فتحى والى . ص ٥١١ .
(٢) كمال عبدالعزيز . ص ٢٩٢ .
(٣) نقض مدنى ١٩٧٤/٤/١٧ مدونة التشريع والقضاء . جـ ٤ . ص ١٩.

ولاتوجد حاجة للحصول على حكم من المحكمة يقرر هذا الوقف ، ومع ذلك فإذا قامت الحاجة عملا إلى الحصول على مثل هذا القرار فليس للمحكمة اية سلطة تقديرية بشأنه ، ويكون حكمها فى هذه الحالة مقررا للوقف وليس منشئا له .

والوقف هنا يتم بالنسبة للخصومة بقوة القانون .

ومن أمثلة ذلك أنه يترتب على تقديم طلب رد القاضى وقف الخصومة حتى يفصل نهائيا فيه (م ١٦٢) .

والواقع أنه يترتب على مجرد تقديم طلب الرد وقف الخصومة فى الدعوى الأصلية المطلوب رد القاضى عن نظرها . ويمتنع على القاضى وعلى الخصوم القيام بأى نشاط إجرائى فى هذه الدعوى ، على أنه منعا من الإضرار بمصالح خصم طالب الرد ، يجوز للمحكمة ، فى حالة الإستعجال ، ندب قاضى بدلا ممن طلب رده . وهذا القاضى المنتدب يقوم فقط بما تقتضيه حالة الإستعجال .

وإذا رفض طلب الرد ، استأنفت الخصومة سيرها أمام القاضى المطلوب رده من الحالة التى كانت عليها يوم تقديم طلب الرد . ولا يؤثر الوقف فيما كان للخصوم من مراكز إجرائية قبله .

وإذا صدر حكم من المحكمة مقررا لهذا الوقف فإنه يجوز الطعن فيه مباشرة إعمالا للمادة ٢١٢ من قانون المرافعات رغم أن مثل الحكم لايعتبر منهيا للخصومة .

وبهذا نكون قد انتهينا من العارض الأول الذى قد يصيب خصومة الإستئناف فيؤدى إلى ركودها ، وننتقل الآن إلى معالجة عارض آخر يؤدى هو أيضا إلى ركود الخصومة فى الإستئناف وعدم السير فيها رغم قيامها وترتيبها لكافة آثارها .

الفرع الثانى

انقطاع خصومة الإستئناف

٢٥٠ - نظمت انقطاع الخصومة فى قانون المرافعات المصرى المواد من ١٣٠ الى ١٣٣ .

ونعالج فيما يلى تعريف انقطاع الخصومة ، ثم نحدد أسبابه ، ونركز على آثارها وبالذات بصدد خصومة الطعن بالإستئناف ، وأخيرا نعالج عودة الخصومة إلى السير فيها .

١ - تعريف انقطاع الخصومة :

انقطاع الخصومة L'interruption de l'instance هو عدم السير فيها بقوة القانون لحدوث سبب من الأسباب المحددة فى القانون على سبيل الحصر .

وانقطاع الخصومة ينساب مباشرة من مبدأ احترام حقوق الدفاع ، فجميع أسباب الإنقطاع التى سوف نراها من بعد ، تؤدى إلى عجز الخصم عن مباشرة حق الدفاع ، ولذا ينقطع سير الخصومة وتقف حتى يحل محلله فيها من يمكنه مباشرة هذا الدفاع [١] . ومع ذلك يرى البعض أن انقطاع الخصومة يستجيب إلى مبدأ المواجهة بين الخصوم . وتبرير ذلك لدى هذا الرأى أنه إذا حدثت واقعة من شأنهامنع مشاركة الخصم فى الدفاع عن مصالحه ، فإن الخصومة تقف بقوة القانون حتى يتم اتخاذ مايلزم لإعادة الفعالية لهذا المبدأ [٢] .

ونرى أن انقطاع الخصومة يستجيب لمبدأ احترام حقوق الدفاع ،

---

(١) وجدى راغب . الموجز . ص ٤١٧ .

(٢) فتحي والى . ص ٥١٤.

أما مبدأ المواجهة Le principe contradictoire فما هو إلا مجرد تطبيق من تطبيقات مبدأ احترام حقوق الدفاع .

والقاعدة فى قانون المرافعات أنه يشترط للبدء فى الخصومة وجود الصلاحية لدى اطرافها لمباشرة إجراءاتها ، وهذه شروط أساسية لصحة البدء فى الخصومة وسلامة المطالبة القضائية (١) . وبناء على ذلك فإذا توافرت هذه الشروط عند بدء المطالبة القضائية ثم تخلفت بعد ذلك ، فإن الخصومة تبقى باعتبارها قد بدأت صحيحة ، كما تبقى الإجراءات التى اتخذت قبل تخلف هذا الشرط باعتبارها أيضا قد اتخذت صحيحة . ومع ذلك واحتراما لمبدأ حقوق الدفاع ، فإنه لايجوز اتخاذ أى إجراء بعد ذلك لعدم توافر هذا الشرط . فيجب وقف الخصومة ، وتبقى الخصومة منقطعة إلى أن يحل فيها محل الطرف المعيب من يقوم مقامه ، فتعاود سيرها مرة اخرى .

والفقه فى مصر مجمع على أن الأمر بصدد انقطاع الخصومة يتعلق بوقف هذه الخصومة لحدوث عارض يتعلق بأشخاصها ، وأنها تقف بناء على هذا العارض ، ثم بعد تصحيح الوضع تعاود ذات الخصومة سيرها الأول . ومع ذلك فإن بعض الفقه الفرنسى يرى أن الأمر لايتعلق باستمرار ذات الخصومة وإنما بإعادة اتخاذ إجراءاتها فى مواجهة الخصم الجديد الذى حل محل من قام به العارض كما سوف نرى من بعد (٢) .

٢ - أسباب الإنقطاع :

أسباب الإنقطاع فى القانون المصرى هى وفاة أحد الخصوم أو

---

(١) وجدى راغب . الموجز . ص ٥١٤ .

(٢) VINCENT. op. cit. p. 989.

زوال صفة من كان يباشر الخصومة نيابة عنه من النائبين ، أو فقد اهلية الخصومة . وقد سبق لنا معالجة هذه الأمور من قبل حين عالجنا اسباب وقف ميعاد الطعن ، ولامجال للعودة اليها بالتفصيل مرة أخرى ، وإن كنا سوف نشير بإيجاز إلى بعض الحالات العملية فى هذا الصدد .

والواقع أنه لكى تنقطع الخصومة فإنه لابد من اجتماع شروط ثلاثة :

الأول – قيام سبب من اسباب الإنقطاع :

(أ) كأن تحدث وفاة لأحد أطراف الخصومة ، وأيا كان المركز الإجرائى الذى يشغله هذا الطرف . وعلى ذلك فإن وفاة المدعى أو المدعى عليه ، المستأنف أو المستأنف عليه ، تؤدى إلى انقطاع الخصومة . ولا يهم أن يكون المتوفى خصما اصليا أو متدخلا أو مختصما فى الدعوى . ويأخذ حكم الوفاة زوال الشخص الإعتبارى الذى قد يكون طرفا فى الخصومة أثناء سيرها كما لو كان شركة وتم حلها أو اندماجها فى غيرها [1] .

وفى هذا الصدد يلاحظ أن الدعوى إذا رفعت على شخصين وتوفى أحدهما وورثة الآخر ، فإن الخصومة تنقطع لأن المفروض أن المدعى عليه لاعلم له بباقى المدعى عليهم ولا بالطلبات الموجهة اليهم [2]

ويشترط القانون الفرنسى لحدوث الإنقطاع بسبب الوفاة أن تكون الدعوى من الدعاوى التى يجوز انتقال الحق الخاص بها إلى الخلف بالوفاة وبالتالى يمكن للورثة متابعتها [3] .

---

(١) عبدالباسط جميعى . ص ٥١٠.

(٢) ابو الوفا . المرافعات ط ١٢ . ص ٥٤٠ هامش ٣ .

(٣) VINCENT. p. 939.

(ب) ويعتبر سببا من أسباب الإنقطاع فقد أحد الخصوم لأهليته الإجرائية .

وهذه الأهلية تفقد بالحجر على الخصم لجنون أو سفه أو عته أو غفلة .

والتاجر المحكوم عليه بشهر افلاسه فإنه يأخذ حكم من يفقد أهلية الخصومة بالنسبة لأمواله [1] . وفى هذه الأحوال فإن من فقد أهليته يحتاج إلى قيّم يمثله فى الخصومة القضائية . ولهذا فإن الخصومة تنقطع حتى يعلم القيم بهذه الخصومة .

(جـ) زوال صفة من كان يباشر الخصومة نيابة عن الخصم .

فإذا كان الخصم قاصرا ويمثله الولى أو الوصى عليه ، وبلغ سن الرشد اثناء الخصومة ، فإن تمثيل النائب عنه يزول ولا تكون له صلاحية القيام بأى عمل فى الخصومة نيابة عنه ، ولهذا تنقطع الخصومة حتى يعلم الخصم بالخصومة ليتولى هو مباشرة أعمالها بنفسه أو بوكيل [2] ويلاحظ أن الخصومة لاتنقطع بتغيير ممثل الشخص الإعتبارى ، مثل رئيس مجلس ادارة الشركة ، وتعليل ذلك يرجع إلى أنه لايعتبر خصما فى الدعوى وإنما هو مجرد أداة للشخص الإعتبارى الذى يعتبر وحده خصما [3] .

وقضت محكمة النقض المصرية بأن الخصومة لاتنقطع إذا بلغ

---

(١) وهذه الحالة منصوص عليها صراحة فى القانون الفرنسى وتعتبر من أسباب انقطاع الخصومة بقوة القانون . راجع فنسان . ص ٩٨٩ .

(٢) فتحى والى . ص ٥١٤.

(٣) وجدى راغب . ص ٤١٩ .

– نقض مدنى ١٩٦٩/٦/٢٥ . مجموعة النقض . س ٢٠ . ص ١٠٦٢.

القاصر سن الرشد بعد البدء فيها طالما استمرت والدته فى تمثيله فى الخصومة برضاه . وذلك لأن سير الخصومة إنما ينقطع بزوال صفة النائب فى تمثيل الأصيل ، وهى هنا لم تزل بل تغيرت فقط فبعد أن كانت نيابة قانونية اصبحت نيابة اتفاقية (1) .

ويرى البعض أنه ينبغى التمييز بين الصفة الإجرائية والصفة فى الدعوى ، فلا يؤدى زوال الصفة فى الدعوى الى انقطاع الخصومة ، وإنما إلى الحكم بعدم قبول الدعوى ، أو التأجيل لإعلان ذى الصفة (م ١١٥) (2) .

وينبغى فى هذا المجال أيضا التمييز بين الصفة الإجرائية وصفة الوكيل بالخصومة ، سواء كان محاميا أو قريبا أو صهرا للدرجة الثالثة . إذ أن هذا الوكيل بالخصومة لايعتبر طرفا فيها وإنما هو من أعوان القضاء ، ولذا تنص المادة ٢/١٣٠ على أنه لاتنقطع الخصومة بوفاة وكيل الدعوى ، ولا بانقضاء وكالته بالتنحى أو العزل . وكل مايرتبه القانونو على وفاة الوكيل أو عزله هو تخويل المحكمة سلطة منح الخصم أجلا مناسبا ، إذا كان قد بادر فعين له وكيلا جديدا خلال خمسة عشر يوما التالية لانقضاء الوكالة الأولى . وذلك حتى يمكن للوكيل الجديد دراسة أوراق القضية وإعداد دفاعه فيها .

والقانون الفرنسى على خلاف القانون المصرى ينص على حالات يحدث فيها الإنقطاع بقوة القانون وهى : بلوغ القاصر سن الرشد ، انتهاء وظيفة المحامى أو وكيل الدعوى L'avoué ، صدور حكم بشهر

---

(1) نقض مدنى ١٩٦٨/٦/٦ . مجموعة النقض . س ١٩ . ص ١١٢٥.
- نقض مدنى ١٩٦٧/٢/٢٣. مجموعة النقض . س ١٨ . ص ٤٨٥.

(2) وجدى راغب . ص ٤٣٠.

الإفلاس والتصفية القضائية لنشاط التاجر . وهناك حالات أخرى فى القانون الفرنسى لايحدث فيها الإنقطاع بقوة القانون وإنما نتيجة لإخطار أو اعلان موجه إلى الطرف الآخر فى الخصومة ، وهذه الحالات هى : الوفاة ، انتهاء تمثيل الممثل القانونى لناقصى الأهلية ، استعادة أو فقد أحد الخصوم لأهليته للتقاضى (١) .

الثانى - ويشترط ثانيا لحدوث انقطاع الخصومة أن يتحقق سبب الإنقطاع بعد بدء الخصومة .

من المعروف أن وفاة احد الخصوم قبل المطالبة القضائية تؤدى إلى انعدام هذه المطالبة ، كما تؤدى المطالبة القضائية من خصم أو فى مواجهة خصم فاقد الأهلية أو الصفة الإجرائية إلى بطلان هذه المطالبة ، وكل ذلك يؤدى إلى زوال الخصومة لا إلى انقطاعها ، وذلك فى الأحوال التى تكون فيها هذه الخصومة قد نشأت (٢) .

ولهذا يشترط أن يحدث السبب المؤدى إلى انقطاع الخصومة بعد بدء الخصومة أى بعد المطالبة القضائية (٣). والواقع أن انقطاع سير الخصومة لايرد إلى على خصومة منعقدة وهى لاتنعقد إلا بعد المطالبة القضائية (٤) . والواقع أن انقطاع سير الخصومة لايرد إلا على خصومة منعقدة وهى لاتنعقد إلا بعد المطالبة القضائية .

الثالث - ويشترط أخيرا لحدوث انقطاع الخصومة أن يتحقق سبب الإنقطاع قبل أن تصبح الدعوى مهيأة للحكم فى موضوعها .

---

(١) VINCENT. p. 989.

(٢) وجدى راغب . ص ٤٢١ .

(٣) نقض مدنى ١٩٦٦/٢/١٧. مجموعة النقض . س ١٧. ص ٣٢٩.

(٤) ابو الوفا . التعليق ج ١ . ص ٤٧٩.

وتنص المادة ١٣١ من قانون المرافعات على أن الدعوى تعتبر مهيأة للحكم فى موضوعها متى كان الخصوم قد أبدوا أقوالهم وطلباتهم الختامية فى جلسة المرافعة قبل الوفاة أو فقد الأهلية أو زوال الصفة .

وعلى ذلك فلا ينقطع سير الخصومة إذا حدث سبب الإنقطاع بعد أن تكون الدعوى قد تهيأت للحكم . وتعتبر الدعوى مهيأة للحكم فى موضوعها متى كان الخصوم قد ابدوا اقوالهم وطلباتهم الختامية فى جلسة المرافعة قبل حدوث سبب الإنقطاع (١) . ففى مثل هذه الأحوال يكون الخصوم قد استنفذوا وسائل دفاعهم (٢) . وقضت محكمة النقض بأنه متى حضر من قام مقام من زالت صفته ، وذلك بعد أن تهيأت الدعوى للحكم فى موضوعها ، فى الجلسة التى كانت محددة لنظرها وباشر السير فيها ، فإن تغيير صفة من كان يباشر الخصومة يكون عديم الأثر على سير الطعن (٣) . وقضت فى هذا المعنى أيضا محكمة النقض المصرية بأنه إذا قدم الخصوم مذكراتهم الختامية واصبحت الدعوى مهيأة للحكم فيها ، فإن انقطاعها لا أثر له على الحكم الصادر فيها ٤.

ولاتعتبر الدعوى مهيأة للحكم فى موضوعها إذا لم تقدم النيابة بوصفها طرفا منضما طلباتها ، وبناء على ذلك فإذا توفى أحد الخصوم قبل تقديم مذكرة النيابة ، فإن الخصومة تنقطع لأن الخصم قد تكون له مصلحة فى الرد على أقوال النيابة (٥) .

وإذا قررت المحكمة حجز القضية للحكم مع تقديم مذكرات فى

---

(١) نقض مدنى ١٩٥٥/١١/٣. مجموعة النقض . س ٦ . ص ١٤٢٣.
(٢) ابو الوفا . المرافعات ط ١٢. ص ٥٤٦.
(٣) نقض مدنى ١٩٦٤/٢/٢٠. مجموعة النقض . س ١٥ . ص ٢٧١.
(٤) نقض مدنى ١٩٧٣/٦/٢٧. مجموعة النقض . س ٢٤. ص ٩٣٠.
(٥) أبو الوفا . ص ٥٤٧ .

ميعاد معين ، فلا يعد باب المرافعة مقفولا إلا بعد انقضاء الميعاد المعين المتقدم لأنه بانقضائه تكون المرافعة قد انتهت فعلا سواء أكانت هذه المرافعة كتابية أم شفاهية ، أما قبل انقضاء الميعاد الذى حددته المحكمة فإن المرافعة الكتابية تكون مقبولة ، وعلى ذلك فإذا قام بأحد الخصوم سبب من أسباب الإنقطاع بعد الأجل الذى حددته المحكمة لتقديم المذكرات فإن باب المرافعة يعد مقفولا وتعتبر الدعوى مهيأة للحكم فى موضوعها فلا تنقطع ولو لم يقدم الخصم الذى قام به سبب الإنقطاع مذكرته (١) .

وإذا قدم جميع الخصوم مذكراتهم فلا تنقطع الخصومة ، ولو قام سبب الإنقطاع قبل انقضاء الميعاد الذى حددته المحكمة لتقديم المذكرات .

وعلى العكس من ذلك فإذا قام بأحد الخصوم سبب انقطاع الخصومة اثناء سريان الميعاد المحدد لتقديم المذكرات . وقبل أن تقدم هذه المذكرات ، فإن الخصومة تنقطع لأن باب المرافعة مازال مفتوحا ، ولاتعد الدعوى مهيأة للحكم (٢) . وقضت محكمة النقض فى هذا الصدد أيضا بأنه إذا طلب من محكمة الإستئناف وقف الخصومة لانقطاعها ، وقضت المحكمة فى الموضوع ، فإنها تكون قد رفضت ضمنا وقف الدعوى الذى أشارت اليه وإلى ظروفه فى وقائع حكمها ... لأن وفاة أحد الخصوم لم تحصل إلا بعد إقفال باب المرافعة وتأجيل النطق بالحكم ليوم معين (٣) .

والخلاصة أنه إذا كانت الدعوى مهيأة للحكم فى موضوعها قبل

---

(١) أبو الوفا . ص ٥٤٨.

(٢) استئناف مصر ١٩٢٩/٣/١٠ . المحاماة . س ٩ . ص ٤٣٥.

- وإذا كانت الدعوى مهيأة للحكم قبل الإنقطاع ، فلا يجوز للمحكمة أن تقضى فى الدعوى إلا على موجب الأقوال والطلبات الختامية .

(٣) نقض مدنى ١٩٣٢/٦/٣٠. المحاماة . س ١٣. ص ٢٧٨.

قيام سبب الإنقطاع فلا يجوز للمحكمة أن تقضى فى الدعوى إلا على موجب الأقوال والطلبات الختامية . كما يجوز للمحكمة بناء على طلب من قام مقام الخصم الذى ألم به العارض ، تأجيل الدعوى للإستعداد وفتح باب المرافعة من جديد . كما يجوز ايضا لخصم هؤلاء طلب التأجيل إذا عن له إبداء طلبات أو أوجه دفاع جديدة ، بشرط الإعلان بتاريخ الجلسة الجديدة (١) . ويلاحظ أيضا فى هذه الحالة أنه إذا اتخذ هذا الخصم ، قبل الإعلان المذكور آنفا ، أى إجراء من إجراءات الخصومة فإنه يكون باطلا . وعلة ذلك ترجع إلى أن الخصومة التى تعود بعد تهيئتها للحكم الى دور التحقيق تصبح غير مهيأة للحكم ويصبح مؤثرا فيها حادث الموت أو فقد الأهلية أو زوال الصفة فتنقطع إلى أن يستأنف السير فيها بما تستأنف به الخصومة المنقطعة .

وإذا توفى المحكوم عليه قبل صدور الحكم وبعد اقفال باب المرافعة فى الدعوى ، فإن الخصومة لاتنقطع وإنما لايبدأ ميعاد الطعن فى الحكم إلا من تاريخ اعلانه إلى الورثة (م ٢/٢١٣ مرافعات) .

٣ - آثار انقطاع الخصومة :

إذا كان انقطاع الخصومة يقع بقوة القانون ، فإن الدعوى تعتبر مرفوعة من لحظة إيداع صحيفتها قلم الكتاب . والسؤال الآن هو : هل تعتبر الخصومة منعقدة أيضا من هذه اللحظة ؟ السؤال مهم . ومظهر أهميته ينجلى فى أن سبب الإنقطاع قد يطرأ بعد ايداع الصحيفة ، كما قد

---

(١) أبو الوفا . ص ٥٤٨ .
- وجدى راغب . ص ٤٢٢.
- فتحى والى . ص ٥١٥.
- كمال عبدالعزيز . ص ٢٩٥.

يحدث بعد اعلانها الى الخصم ، ففى أى لحظة تعتبر الخصومة منعقدة وبالتالى إذا حدث العارض فإنها تنقطع ؟

فى اعتقادنا أن رفع الدعوى يختلف عن انعقاد الخصومة . فرفع الدعوى يتم بإيداع صحيفتها قلم الكتاب ، وهنا تنتج هذه الصحيفة كافة آثارها القانونية .

ولكن هذه الصحيفة طالما لم يتم اعلانها فى الميعاد فإن الخصومة لاتنعقد. وعلى ذلك فحدوث سبب الإنقطاع لايعتبر ذو أثر إلا إذا انعقدت الخصومة باعلانها . لهذا كان القانون الفرنسى حكيما حين نص على أنه لكى تنقطع الخصومة فلا بد أن يحدث العارض الذى يترتب عليه هذا الإنقطاع قبل بداية المرافعة Avant l'ouverture des débats .

وتبدأ المرافعة فى القانون الفرنسى فى الجلسة المحددة للمرافعة بإعطاء الكلمة لمحامى المدعى . وإذا كنا فى حالة من الحالات التى يجب أن يقدم فيها أحد القضاة تقريرا فإن المرافعات تبدأ من اللحظة التى يشرع فيها هذا القاضى فى قراءة تقريره . وعلى ذلك فإذا حدث العارض الذى ينبنى عليه انقطاع الخصومة بعد افتتاح المرافعة بهذا المعنى فإنه يكون بغير ذى اثر موقف لسير الخصومة ، بمعنى أنه لايترتب عليه انقطاع سير الخصومة [1] .

٢٥١ - وإذا عدنا مرة ثانية لبحث الآثار المترتبة على انقطاع الخصومة ، فإننا نجملها فيما يلى :

١ - وقف المواعيد الإجرائية :

وعلى هذا نصت المادة ١٣٢ من قانون المرافعات المصرى ،

---

(١) فانسان . المرجع السابق . ص ٩٩٠.

ووقف المواعيد هذا هو نوع من أنواع الوقف بقوة القانون . وعلى ذلك تقف المواعيد السارية ، ولاتبدأ مواعيد جديدة إلى أن يزول سبب الوقف [1] . ويقصد بوقف المواعيد وقفها فى حق من قام به سبب الإنقطاع، لأن آثارالإنقطاع شرعت لحماية من ألم به العارض . وبناء على ذلك فإذا قام سبب الإنقطاع بالمدعى عليه فلا تقف المواعيد التى تسرى فى حق المدعى لمصلحة المدعى عليه . والواقع أن قواعد الإنقطاع لم توضع لحماية الخصم الذى لم يقم بجانبه أى عارض .

وعلى ذلك فإذا شطبت الدعوى اعمالا للمادة ٨٢ مرافعات ، وقام عارض من عوارض الخصومة التى تؤدى إلى انقطاعها بعد الشطب وقبل فوات ستين يوما ، فهنا ينتج هذا العارض آثاره ويقف سريان مدة اعتبار الخصومة كأن لم تكن .

والإنقطاع يحدث آثاره بمجرد قيام سببه بصرف النظر عن علم الخصم الأخر بهذا السبب [2] . ونفس الحل من باب أولى يسرى بالنسبة للمحكمة .

ومع ذلك يرى البعض أنه يتعين على المحكمة أن توقف السير فى الدعوى عند قيام سبب الإنقطاع وذلك لتفادى إجراءات مهددة بالبطلان . أما إذا لم تعلم المحكمة بقيام سبب الإنقطاع ومع ذلك صدر حكمها فى الموضوع ، فإنه يعتبر حكما مبنيا على إجراءات باطلة [3] .

٢ - لايجوز اتخاذ أى إجراء فى الخصومة أثناء فترة الإنقطاع ، وإن اتخذ فيها إجراء ما فإنه يكون باطلا . ويقع هذا البطلان ولو لم يكن

---

(١) فتحى والى . ص ٥١٥ .
(٢) نقض مدنى ١٩٦٧/٥/١٨ . مجموعة النقض س ١٨ . ص ١٠٣٠.
(٣) ابو الوفا . المرافعات . ص ٥٤٢.

الخصم الذى اتخذه عالما بسبب الإنقطاع [١] . كما يبطل الحكم الصادر خلال الخصومة التى قام فيها سبب الإنقطاع طالما أن الدعوى لم تكن مهيأة للحكم فى موضوعها عندما تحقق سبب الإنقطاع [٢] . ويترتب هذا البطلان على كافة الإجراءات التى تتخذ فى الدعوى بعد تاريخ قيام سبب الإنقطاع [٣] . وهذا البطلان نسبى غير متعلق بالنظام العام ، وهو مقرر لمصلحة من شرع الإنقطاع لحمايته ، فلا يجوز لغيره أو غير من حل محله أن يتمسك به [٤] . وهذا البطلان يتم التمسك به بعد صدور الحكم عن طريق الطعن فيه ، فإن لم يكن قد صدر حكم فيكون التمسك ببطلان الإجراءات أمام المحكمة التى تنظر الدعوى بعد تعجيلها ، كما يجوز التمسك به عن طريق الإستشكال فى التنفيذ [٥] .

ومن المقرر أن حضور الشخص الذى حل محل من قام به سبب الإنقطاع يجعل لامصلحة له فى التمسك بالبطلان لعدم صدور حكم بالإنقطاع [٦] .

٢٥٢ – ومع ذلك فحضور مثل هذا الشخص لايمنعه بطبيعة الحال من التمسك ببطلان الإجراءات التالية لقيام سبب الإنقطاع والسابقة على حضوره . والسبب فى ذلك بسيط وهو أن حضور مثل هذا الشخص لايصحح هذا البطلان .

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٩/٦/٢٥ . مجموعة النقض . س ٢٠ . ص ٤٦٩.
(٢) نقض مدنى ١٩٧٠/٤/١. مجموعة النقض. س ٢١. ص ٥٨٧.
(٣) نقض مدنى ١٩٧٦/١٢/٢٦. طعن رقم ٤٨١ س٤١.
(٤) نقض مدنى ١٩٧٧/١/١١ طعن رقم ٦٣٦ س ٤٢.
– نقض مدنى ١٩٧٥/١١/١٨. طعن رقم ٥٢٧ . س ٤٠.
(٥) العشماوى . ص ٨٦٢.
(٦) نقض مدنى ١٩٧٥/١١/٨. طعن رقم ٥٢٧ س ٤٠ .

ويلاحظ فى هذا الصدد أنه إذا كان البطلان متعلقا بالإجراءات ، فإنه يتعين التمسك به - بعد صدور الحكم وعند الطعن فيه - فى صحيفة الطعن وقبل التعرض للموضوع عملا بالمادة ١٠٨ من قانون المرافعات . وإذا تعدد الخصوم فى أحد طرفى القضية وقام سبب أحدث انقطاع الخصومة بالنسبة لأحد الخصوم ، فإنها تستمر بالنسبة لغيره متى كان موضوع الدعوى قابلا للتجزئة ، أما إذا كان موضوع الدعوى لايقبل التجزئة فإن الخصومة تنقطع بالنسبة للجميع .

٣ - ومن آثار الإنقطاع أيضا بقاء الخصومة قائمة ، والواقع أن هذا الأثر هو اثر مشترك لكل العوامل التى تؤدى إلى مجرد ركود الخصومة دون زوالها . ولهذا تظل المطالبة القائية قائمة ومنتجة لكافة آثارها ، رغم حدوث سبب الإنقطاع . وتظل قائمة كافة الإجراءات اللاحقة التى اتخذت فى الخصومة قبل أن يتحقق سبب الإنقطاع . فإذا انتهت حالة الإنقطاع بسير الخصومة ، فإنها تعاود سيرها من النقطة التى وقفت عندها مع الإعتداد بكافة الإجراءات السابقة [١] .

٢٥٣ - ٤ - عودة الخصومة المنقطعة إلى السير أو انقضائها دون حكم فى الموضوع .

الخصومة المنقطعة إذا كانت ، كما سبق القول ، تظل قائمة محدثة لكل آثارها ، إلا أن هذه الفعالية لاتظل قائمة إلى الأبد بالنسبة لهذه الخصومة فالإجراءات بالمعنى الفنى تستلزم الحركة والنشاط حتى لايضار الخصوم ، لهذا نص القانون على علاج لهذه الحالة ، ومقتضى هذا العلاج هو إما أن تعود الخصومة إلى السير ، أو تنقضى دون حكم فى الموضوع . ونعالج فيما يلى هذه الحلول التشريعية .

---

(١) وجدى راغب . ص ٤٢٢.

٢٥٤ - ١ - عودة الخصومة إلى السير :

تنص المادة ١/١٣٣ من قانون المرافعات المصرى على أن : " تستأنف الدعوى سيرها بصحيفة تعلن إلى من يقوم مقام الخصم الذى توفى أو فقد أهليته للخصومة أو زالت صفته بناء على طلب الطرف الآخر ، أو بصحيفة تعلن إلى هذا الطرف بناء على طلب أولئك " .

كما تنص المادة ٢/١٣٣ على أن : " وكذلك تستأنف الدعوى سيرها إذا حضر الجلسة التى كانت محددة لنظرها وارث المتوفى ، أو من يقوم مقام من فقد أهلية الخصومة ، أو مقام من زالت عنه الصفة وباشر السير فيها " .

هذه المادة تعالج عودة الخصومة الى السير بعد انقطاعها . وتستخدم لذلك أدوات فنية معينة . هذه الأدوات اصطلح على تسميتها بالتعجيل وحضور من يحل محل الخصم الذى قام به العارض ، نعالج هذه الوسائل فيما يلي :

(أ) تعجيل الخصومة :

إذا كان انقطاع الخصومة يحدث بمجرد قيام سببه ، إلا أن ذات هذه الخصومة لاتعود إلى السير مرة أخرى بمجرد زوال هذا السبب الذى ولد الإنقطاع بل لابد من اتخاذ نشاط معين يتم بناء على عودة هذه الخصومة الى النشاط مرة ثانية . والخصومة المنقطعة تعود إلى النشاط باتخاذ إجراء يسمى بالتعجيل ، وهذا التعجيل يتم بتحديد جلسة جديدة لنظر الدعوى ويتم اعلان هذه الجلسة الى الخصم الآخر . هذا الإعلان يتم بتكليف بالحضور . هذا الإجراء يعلن إلى من قام مقام الخصم الذى تحقق فيه سبب الإنقطاع . بمعنى أن هذا الإجراء لاينتج أى أثر إذا أعلن إلى ذات الخصم الذى قام به العارض . وهذا التكليف بالحضور يجوز اتخاذه

دون إذن من المحكمة ، ولا يشترط لاتخاذه صدور حكم يقرر هذا الإنقطاع ، فالإنقطاع يتم بقوة القانون .

وهذا التكليف بالحضور يجوز القيام به حتى ولو كانت الدعوى تمر خلال فترة اتحقيق قبل احالتها إلى المرافعة طالما أن العارض الذى يقطع الخصومة قد حدث (١) . وحتى ينتج التعجيل بهذا المعنى آثاره فى عودة الخصومة إلى السير لابد أن يتم إعلانه بالفعل الى من يقوم مقام الخصم الذى تحقق فيه سبب الإنقطاع . وبالتالى لايكفى مجرد ايداع صحيفة التكليف بالحضور قلم الكتاب أو قلم المحضرين (٢) . ويشترط أن تتضمن هذه الصحيفة بيانا يفيد قيام الخصومة ، أيا كانت عبارات هذا البيان أو شكله . كما يشترط أن تتضمن هذه الصحيفة أيضا تاريخ الجلسة، فلا يشترط أن يرد بها كافة بيانات صحف الدعاوى من وقائع وأسانيد وخلافه (٣) . وهذا التعجيل من الجائز ، حسب نص المادة ١/١٣٣ من قانون المرافعات ، أن يقوم به من حل محل الخصم الذى قام به سبب الإنقطاع . وإذا تعدد الخصوم وقام سبب الإنقطاع بالنسبة لأحدهم فقط فإنها تنقطع بالنسبة لمن قام به العارض ، ويكون التعجيل فى مواجهة هذا الخصم فقط ، أو من يمثله فى مواجهة خصمه . أما إذا قام سبب الإنقطاع بالنسبة لجميع الخصوم المتعددين فيجب تعجيل الدعوى فى مواجهة الكل (٤) .

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٤/١٢/٣٠. طعن رقم ٢٢٤ س ٤٠ ق . مشار اليه فى كمال عبدالعزيز . ص ٢٩٥.

(٢) نقض مدنى ١٩٧٥/٦/٢١. طعن رقم ٣٥٨ لسنة ٣٩ ق . مشار اليه فى كمال عبدالعزيز . ص ٢٩٥.

(٣) نقض مدنى ١٩٧٦/٦/٩. طعن رقم ٨٩ لسنة ٤١ . مشار اليه فى كمال عبدالعزيز . ص ٢٩٥.

(٤) ابو الوفا – المرافعات . ط ١٢. ص ٥٤٩.

ورغم استقرار القضاء على أن ورقة التعجيل لايشترط فيها ذكر بيانات صحيفة الدعوى ، إلا أن البعض يرى أن نص المادة ١/١٣٣ من قانون المرافعات يستلزم أن يتم التعجيل بصحيفة دعوى ، ولا يكفى حسب هذا النظر مجرد ورقة تكليف بالحضور (١) .

والحكمة فى ذلك هى تمكين من يقوم مقام الخصم المعيب من الإحاطة بالدعوى وإعداد دفاعه فيها . ويرتب هذا الرأى نتيجة خطيرة على ذلك فيقول ببطلان إجراء التعجيل إذا اقتصر الإعلان على ورقة تكليف بالحضور . كما يرى اعمال هذا الحل أيضا إذا قام بالتعجيل من يقوم مقام الخصم الذى قام به العارض (٢) .

ويرى البعض الآخر أن التعجيل يتم " باعلان صحيفة إلى الخصم الآخر ، جون أن يحدد ماهية هذه الصحيفة (٣) .

وفى القانون الفرنسى فإن المادة ٣٧٤ من قانون المرافعات الحالى تنص على أن الخصومة تعود إلى سيرها بأحد أمرين :

إما بإخطار يتم من محامى الخصوم يتخذ شكل مذكرات الدفاع .

وإما - فى حالة عدم تعيين محام - أن يقوم الخصم الذى لم يقوم به العارض باعلان من يحل محل الخصم المعيب . وفى هذه الحالة فإن هذا الإعلان يجب أن يشتمل على بيان موضوع الدعوى وبيان

== - وإذا لم يتم إعلان من حل محل الخصم الذى قام به سبب الإنقطاع لشخصه، ولم يحضر ولم يقدم مذكرة بدفاعه ، فإنه يجب إعادة اعلانه وفقا للمادة ٨٤ مرافعات .

- نقض مدنى ١٩٥٥/٣/١٠ مجموعة النقض . س ٦ ص ٨١٧.

(١) وجدى راغب . ص ٤٢٤.

(٢) وجدى راغب . ص ٤٢٤.

(٣) فتحى والى . ص ٥١٦.

محاميـــه .

ومع ذلك ، ورغم وجاهة الإعتبارات التى تقوم عليها هذه الأراء، إلا أن العمل جارى فى مصر على أنه يكتفى بالنسبة للتعجيل بتحديد جلسة واعلانها إلى الخصم الآخر . ولعل الحكمة فى ذلك يمكن استخلاصها من حكم قديم صدر من المحاكم المختلطة . إذ أنه قد حكم بأنه إذا عجلت الدعوى بعد الإنقطاع فلا يلزم المدعى بإعادة ماسبق اعلانه من أوراق المرافعات لأن الإجراءات السابقة على الإنقطاع تكمل الإجراءات التالية لـــه [1] .

أورد القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ تعديلا على المادة ١٣٠ مرافعات بأن أضاف اليها الفقرة الثانية منها . هذه الفقرة تواجه خصوما متعددين فى خصومة معينة قام بأحدهم سبب للإنقطاع . ولكى تعجل هذه الخصومة بعد حدوث سبب الإنقطاع كان على صاحب الشأن أن يعلن جميع الخصوم بجلسة التعجيل . وكان فى ذلك مشقة وأى مشقة يعرفها كل من جرب الإعلانات القضائية . وبناء على الإضافة الجديدة للنص فمن يطلب التعجيل فعليه أن يطلب من المحكمة أجلا للإعلان لمن يقوم مقام الخصم الذى تحقق فى شأنه الإنقطاع ، وفى هذه الحالة يجب على المحكمة قبل أن تقضى بالإنقطاع أن تكلفه بالإعلان خلال أجل تحدده ، فإن لم يقم به خلال هذا الأجل دون عذر ، قضت المحكمة بانقطاع سير الخصومة منذ تحقق سببه . ومن هذه المادة ٢/١٣٠ نستطيع أن نفهم أن الإنقطاع فى زمن أول لايرتب آثاره إلا بحكم يصدر من المحكمة يقرر فيه قيام سبب الإنقطاع . هذا الحكم لن تصدره المحكمة إذا تقدم اليهما أحد الخصوم طالبا أجلا لاعلان الخصم الذى يمثل من قام به العارض .

---

(١) استئناف مختلط ١٨٩٦/١/٢ . مجلة التشريع والقضاء . س ٨ . ص ٦٠ .

وفى هذه الحالة على المحكمة وجوبا منحه الإذن وتحديد أجل يتم فيه الإعلان ولا تحكم بتقرير الإنقطاع وتظل الخصومة قائمة سارية كأن لم يصبها شئ والهدف من ذلك قصر الإعلان على من يقوم مقام الخصم الذى قام به العارض - واعفاء من يطلب التعجيل من اعلان جميع الخصوم بالجلسة الجديدة .

أما إذا لم يتم الإعلان فى الميعاد الذى حددته المحكمة ففى هذه الحالة يتعين على المحكمة أن تقضى بانقطاع الخصومة منذ تحقق سببه من تلقاء نفسها . وفى هذه الحالة على من يريد تعجيل الدعوى وحماية الخصومة من السقوط أو التقادم أن يبادر ويعجل الخصومة قبل تمام مواعيد السقوط أو التقادم ، ويتحمل مغبة اعلان جميع الخصوم ، لأنه بعد الحكم المقرر للقيام الإنقطاع لايعرف الخصوم فى هذه الحالة موعد الجلسة الجديدة . لأن تقرير الإنقطاع ليس أجلا يمنح من المحكمة للخصوم وبالتالى تعرف بدايته من نهايته . وإنما هو تقرير لأمر سبق حدوثه بتحقق الواقعة المسببة للإنقطاع والتى حددها المشرع لحدوث هذا العارض .

ومن جهة أخرى فيما أن انقطاع الخصومة لايؤثر فى أى إجراء من إجراءاتها التى تمت قبل الوقف ، فإن السير فى الخصومة يعود بها الى الحالة التى كانت عليها قبل الإنقطاع . ويراعى أن الخصومة بعد التعجيل توالى على أثر آخر إجراء صحيح تم فيها . والحكم الصادر فى هذه الخصومة يعتبر صادرا على موجب هذه الإجراءات جميعا (١) .

وقد حكم بأنه إذا عجل الدعوى بعد الإنقطاع أحد الورثة فقط مطالبا بحصته فقط ، فمن الجائز أن تأمر من تلقاء نفسها بإدخال باقى

---

(١) ابو الوفا . التعليق . جـ ١. ص ٤٨٥.

الورثة فى هذه الخصومة عملا بالمادة ١١٨ من قانون المرافعات [١] .

وتنص المادة ٣٧٦ من القانون الفرنسى ، اعمالا للدور الإيجابى للقاضى فى هذا الصدد ، على أنه إذا حدد القاضى ميعادا لحضور الخصوم بعد قيام سبب الإنقطاع وعدم تعجيل الخصومة من جانبهم ، ومع ذلك لم يحضر أحدا منهم ، فإن القاضى فى هذه الحالة يملك شطب القضية [٢] .

وإذا انقطعت الخصومة ، وأعيد اعلان خصم سبق اعلانه ، باعتباره وارثا لمن توفى من الخصوم ، فلا يلزم منحه ميعادا للحضور . فمواعيد التكليف بالحضور تمنح للمدعى عليه مرة واحدة لمواجهة القضية فى بدء النزاع ، وقد سبق منح الخصم هذا الميعاد ، فلا مجال لتكراره [٣] ومع ذلك فمثل هذا الخصم يمنح ميعاد مسافة إذا اقتضى الأمر ذلك [٤] .

هذه هى الوسيلة الفنية الأولى والتى بمقتضاها تعجل الخصومة المنقطعة وتعود إلى سيرها الأول مرة ثانية . ونعالج الآن الوسيلة الثانية التى تعود بها الخصومة الى السير مرة ثانية .

ب – تنص المادة ٢/١٣٣ من قانون المرافعات المصرى على أن الخصومة تستأنف سيرها إذا حضر الجلسة التى كانت محددة لنظرها من يقوم مقام الخصم الذى ألم به العارض الذى أدى إلى انقطاع الخصومة. ومفترض هذه الحالة هو أن سبب الإنقطاع قد حدث بين جلستين ، وفى الجلسة الثانية حضر ورثة الخصم المتوفى أو حضر القيّم

---

(١) ابو الوفا . التعليق . جـ ١. ص ٤٨٦.

(٢) فانسان . ص ٩٩١.

(٣) استئناف مختلط ١٩٣٧/٤/١٣ . مجلة التشريع والقضاء . س ٤٩. ص ١٨٧.

(٤) ابو الوفا . الدفوع . ص ٦٤٠.

على من زالت أهليته أو حضر صاحب الصفة الجديد . فهذا الحضور يتأكد به علم من يقوم مقام الخصم الذى حدث به العارض بقيام الخصومة. وبالتالى يتم احترام مبدأ حقوق الدفاع ويتم بالتالى اعمال مبدأ المجابهة بين الخصوم [1] .

٢٥٥ -٢ – انقضاء الخصومة المنقطعة بغير حكم فى الموضوع.

إذا لم تعجل الخصومة كما سبق القول ، وإذا لم يحضر ذوى الصفة فى الجلسة التالية لحدوث سبب الإنقطاع ، فإن الخصومة لاتظل قائمة محدثة لكافة آثارها الى الأبد ، بل انها يطبق عليها قواعد سقوط الخصومة التى سوف نراها من بعد . وإذا لم يتمسك أحد بالسقوط ، فإن هذه الخصومة تخضع للتقادم الذى سوف نعالجه من بعد . وبما أن المحكمة يمتنع عليها أن تقضى بالسقوط أو التقادم من تلقاء نفسها . وليس هناك فى الفن القانونى مايمنع من ذلك فى اعتقادنا . فمن المتصور أيضا فى حالة عدم تمسك صاحب المصلحة باعمال هذه الجزائات أن تتأبد الخصومة .

وننتقل الآن إلى دراسة الأسباب العامة التى تؤدى إلى انقضاء خصومة الإستئناف بغير حكم فى موضوعها .

هذه الأسباب هى السقوط والترك والتقادم .

---

(١) فتحى والى . ص ٥١٦.

المطلب الثانى

العوارض المنهية للخصومة بغير حكم فى الموضوع

٢٥٦ – نعالج فى فروع ثلاثة سقوط الخصومة وتركها وانقضائها بالتقادم ، فهذه أدوات فنية ، وهى نوع من أنواع الجزاء فى قانون المرافعات ، ويترتب على قيامها انقضاء الخصومة ، بشروط معينة ، دون حكم فى موضوعها . هذه الجزاءات تكون عديمة الفعالية ، أحيانا ، إذا أراد الخصوم ذلك ، طالما القاضى محروم من دور أكثر فعالية فى النزاع الخاص Le contentieux privé .

الفرع الأول

سقوط الخصومة فى الإستئناف

٢٥٧ – حينما نعالج سقوط الخصومة فى الإستئناف فإننا نركز على آثاره فقط أمام محكمة الدرجة الثانية ، ونكتفى بإشارة عامة إلى فكرة النظام محل الإعتبار فقط [(١)] .

سقوط الخصومة هو زوالها بسبب عدم السير فيها ، بفعل المدعى أو امتناعه ، لمدة ستة اشهر من تاريخ آخر إجراء صحيح فيها .

ويشترط لإعمال جزاء السقوط أن تبدأ الخصومة ، وألا يكون قد صدر حكم فى موضوعها ، ومع ذلك لاتسير إجراءات هذه الخصومة .

---

(١) احمد مسلم . التأصيل المنطقى لأحوال انقضاء الدعوى . ص ٨٩ .

– أنقصت مدة السقوط إلى ستة اشهر بدلا من سنة بموجب القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ .

ويجب أن يكون عدم السير فى هذه الخصومة راجعا لفعل المدعى أو لامتناعه . وبالتالى فالقوة القاهرة لاتنسب إلى فعل المدعى أو امتناعه.

ويشترط لوقوع السقوط انقضاء ستة أشهر على آخر إجراء صحيح فى الخصومة ، وهذا يعنى أن تبدأ مدة الشهور الستة اللازمة لسقوط الخصومة من تاريخ آخر اجراء صحيح تم اتخاذه فيها سواء قام به المدعى أو المدعى عليه أو المدخل أو المتدخل . فإذا اتخذ اجراء صحيح فى الخصومة قبل انقضاء مدة الستة أشهر ، فإن مدة السقوط تنقطع وتبدأ مدة جديدة من تاريخ القيام به (١) .

ويرى البعض أنه فيما يتعلق بالوقف الإتفاقى فلا مجال للسقوط فيه ، لأن الخصومة تنقضى إذا لم تعجل خلال ثمانية أيام من تاريخ انتهاء مدة الوقف لاعتبار المدعى تاركا دعواه (٢) . ومع ذلك فهذا الجزاء وإن كان يقع بقوة القانون إلا أنه لابد من التمسك به من جانب صاحب المصلحة ، فإذا لم يتم التمسك به فلا تستطيع المحكمة الحكم به من تلقاء نفسها ، وهذا مظهر من مظاهر عجز الدور الإيجابى للقاضى . متصور إذا بقاء الخصومة فى هذه الحالة . ومتصور ألا يتخذ فيها إجراء مدة ستة أشهر بفعل المدعى أو امتناعه وبالتالى يمكن ، على عكس الإتجاه السابق، أن تخضع لنظام السقوط .

---

(١) وجدى راغب . ص ٤٢٩.

- نقض مدنى ١٩٦٥/١/٢٨ . مجموعة النقض س ١٦ . ص ١٠٦.
- نقض مدنى ١٩٦٦/٢/١٧ . مموعة النقض . س ١٧. ص ٣٢٤.
- نقض مدنى ١٩٧٠/١/٢٠ . مجموعة النقض. س٢١ . ص ١٣٩.
- مدة سقوط الخصومة فى القانون الفرنسى الحالى هى سنتين (م ٣٨٦ مرافعات فرنسى) .

(٢) وجدى راغب . ص ٤٢٩.

وفيما يتعلق بالوقف التعليقى فقد سبق لنا القول أن الحكم الصادر بالوقف هو حكم قطعى يحمى خصومة الإستئناف من السقوط وبالتالى تبقى صحيفة الطعن بالإستئناف فى منجى من السقوط .

أما فى أحوال الإنقطاع ، فإذا كان سبب الإنقطاع يرجع إلى المدعى عليه ، فواجب المدعى أن يعجل الخصومة ، فإن لم يفعل خضعت هذه الخصومة للسقوط ، أما إذا رجع سبب الإنقطاع إلى المدعى، هنا يعتبر من يقوم مقام المدعى معذورا فى عدم السير فى الخصومة ، وتوجب المادة ١٣٥ على المدعى عليه فى هذه الحالة أن يعلن من يقوم مقام خصمه بوجود الخصومة ، فإن لم يفعل فلا مجال لإسقاط الخصومة، لأن عدم السير فيها لايرجع إلى فعل المدعى أو امتناعه . ومع ذلك لاتفلت مثل هذه الخصومة من التقادم . فإذا لم يحصل تمسك من الخصوم بهذا التقادم ، وهذا مظهر جديد لعجز الدور الإيجابى للقاضى ، فإن الخصومة من المتصور أن تتأبد فى هذه الحالة .

ويقع سقوط الخصومة بقوة القانون بمجرد توافر شروطه . وهذا الجزاء مقرر لمصلحة المدعى عليه ومن يشغل مركزه كالمستأنف عليه .

ويجوز لصاحب المصلحة فى التمسك بالسقوط أن يتمسك به عن طريق الدفع أو بطلب اصلى أمام المحكمة المقام أمامها الدعوى . وإذا كانت الخصومة أمام محكمة الإستئناف فإن طلب السقوط يقدم اليها (١) .

والحق فى التمسك بالسقوط يسقط بتقديم مذكرة بالدفاع الموضوعى (٢) والحكم الصادر بالسقوط يعتبر حكما تقريريا ، لأن الجزاء يقع بقوة

---

(١) القاهرة الإبتدائية ١٩٧٠/٣/٧. مدونة القضاء والتشريع . جـ ٤ / ٢٥ - ٣٣.

(٢) نقض مدنى ١٩٥٣/٤/٩ . مجموعة النقض . س ٤ . ص ٨٥٤.

- استئناف الإسكندرية ١٩٥٥/١١/٢٤. المحاماة . س ٣٧. ص ٥٩١.

القانون . والدفع بسقوط الخصومة هو دفع شكلي يجب إبداؤه قبل الكلام فى الموضوع وإلا سقط الحق فيه (م ١٠٨ مرافعات) . ولايجوز للمحكمة أن تقضى بالسقوط من تلقاء نفسها .

والخصومة بالنسبة للسقوط لاتقبل التجزئة فى حالة تعدد الخصوم، وإن كان موضوعها قابلا للتجزئة بطبيعته . وهذا راجع إلى الحكمة من نظام السقوط ذاته الذى يرمى الى التخلص من القضايا التى طال عليها العهد بإهمال المدعى . وعلى ذلك ووفقا للمادة ٣/١٣٦ من قانون المرافعات المصرى فإنه يجب تقديم طلب اسقاط الخصومة ضد جميع المدعين وإلا كان غير مقبول . وعلى ذلك فلا يجوز فى حالة تعدد المدعين تقديم طلب السقوط فى مواجهة البعض دون البعض الآخر ، مثل هذا الطلب يكون غير مقبول .

والإجراء الذى يقوم به أحد المدعين أو المستأنفين لقطع مدة السقوط فى مواجهة المدعى عليه أو المستأنف عليه ، يؤدى إلى انقاذ الخصومة بالنسبة للجميع [1] .

أما فى حالة تعدد المدعى عليهم أو المستأنف عليهم ، فإن المشرع لم يتبنى قاعدة عدم تجزئة الخصومة . وبناء على ذلك فإنه يجوز الحكم بسقوط الخصومة بالنسبة للمدعى عليه الذى تمسك به مع بقاء ذات هذه الخصومة بالنسبة للمدعى عليهم أو المستأنف عليهم الأخر . وهذا الوضع يخلق تعقيدا شديدا ليس هنا مجال دراسته .

وبناء على ذلك فإذا عجل المدعى الخصومة بالنسبة لأحد المدعى عليهم عند تعددهم قبل انقضاء مدة السقوط ، فإن هذا لاينقذ الخصومة كلها من السقوط .

---

(١) وجدى راغب . ص ٤٣٢ وما بعدها .

وبالتالى يجوز للمدعى عليه الآخر الذى لم يتخذ التعجيل فى مواجهته أن يتمسك بالسقوط ، وهنا تسقط الخصومة بالنسبة له فقط وتستمر بالنسبة للآخرين .

وننتقل الآن بعد هذه العجالة لفكرة السقوط إلى معالجة آثاره وبالذات أمام محكمة الإستئناف [1] .

٢٥٨ - آثار سقوط الخصومة فى الإستئناف

بصدد سقوط الخصومة فى الإستئناف وآثاره ، فإنه يتعين الإشارة الى أن المستأنف يعتبر فى حكم المدعى ، والمستأنف عليه يعد فى حكم المدعى عليه ، وذلك حتى ولو كان هو المدعى الأصلى أمام محكمة أول درجة .

وإذا رفع المستأنف عليه استئنافا فرعيا ، فيكون فى مركز المدعى عليه الذى يبدى طلبات عارضة ، وهذا صحيح من الناحية الفنية .

وإذا رفع المستأنف عليه استئنافا مقابلا ، دون أن يكون هذا الإستئناف فرعيا ، فإنه تثبت لهذا الخصم صفتان : الأول صفة المستأنف بالنسبة لاستئنافه المقابل ، والثانية صفة المستأنف عليه بالنسبة للإستئناف الأصلى [2] .

كل هذه المسائل يتعين أخذها فى الإعتبار عند بحث شروط وآثار سقوط الخصومة أمام محكمة الإستئناف .

---

(١) راجع فكرة السقوط فى أى مرجع من المراجع العامة لقانون المرافعات ، وبالذات ابو الوفا . التعليق . جـ ١ . ص ٤٨٧.
- فتحى والى . ص ٥١٧.
- عبدالباسط جميعى . ص ٥١٥.

(٢) ابو الوفا . الدفوع . ص ٥٦٧.

ومن جهة أخرى فإنه يلاحظ أنه إذا حكم بضم دعويين للإرتباط ، وكان المدعى أو المستأنف فى إحدى الدعويين مدعى عليه فى الأخرى ، أو مستأنفا عليه فى هذه الأخيرة ، فى مثل هذه الأحوال فكل خصم يحتفظ بصفته فى كل منهما ، لأن كل دعوى تستقل عن الأخرى من ناحية شروط اسقاطها وآثاره (١) .

ويترتب على سقوط الخصومة زوالها بأثر رجعى . ومؤدى ذلك هو اعتبار إجراءاتها كأن لم تكن وزوال آثار هذه الإجراءات (٢) . ومع ذلك فيجب أن نلاحظ أن سقوط الخصومة لايتعلق بالنظام العام .

ولايؤثر سقوط الخصومة على الحق الموضوعى المدعى به ، فإذا سقطت الخصومة فى الإستئناف فيجوز رفع دعوى جديدة أمام محكمة أول درجة بذات الحق الموضوعى الذى انتهت خصومته بالسقوط فى الإستئناف وذلك مالم يكن الحق ذاته قد انقضى بالتقادم . ورفع الدعوى الجديدة أمام محكمة أول درجة لايعترضه الدفع بحجية الشئ المقضى به فى حالة اختلاف عناصر الطلب القضائى الجديد . ومع ذلك فقد يؤثر السقوط على الدعوى القضائية ذاتها ، لأن السقوط يؤدى إلى زوال الأثر القاطع للتقادم وبالتالى فقد تتعرض الدعوى للتقادم قبل رفعها من جديد (٣).

وبالإضافة إلى ذلك فإن من آثار السقوط أيضا زوال الخصومة بما تضمنته من أعمال . وما أنتجته من آثار سواء كانت آثار موضوعية أو إجرائية (٤) .

---

(١) ابو الوفا . الدفوع . ص ٥٦٥.
(٢) وجدى راغب . ص ٤٣٤.
(٣) فتحى والى . ص ٥٢٣.
(٤) فتحى والى . ص ٥٢٣.

وعلى ذلك فالتقادم يعتبر وكأنه لم ينقطع ، والفوائد تعتبر وكأنها لم تجر . ومع ذلك وإعمالا لمبدأ الإقتصاد فى الإجراءات ، فإنه رغم زوال الخصومة بسقوطها فإن الأعمال الآتية تبقى :

١ - الأحكام القطعية الصادرة فى الخصومة والإجراءات السابقة عليها .

ويقصد بالأحكام القطعية ، الأحكام الحاسمة التى تستنفذ سلطة المحكمة فيما فصلت فيه [١]. وتشمل هذه الأحكام الأحكام الصادرة فى شق من الموضوع وكذلك الأحكام الوقتية إذا ثبتت لها الصفة القطعية ، وكذلك الأحكام القطعية الصادرة فى مسألة إجرائية .

ويقتضى بقاء هذه الأحكام القطعية رغم سقوط الخصومة بقاء الإجراءات السابقة عليها والتى بنى هذا الحكم عليها . وعلى هذا فالحكم القطعى يعتبر أساسا يحمى الإجراءات التى بنى عليها من السقوط . والحكم القطعى لايسقط إلا بمضى خمسة عشر سنة .

وبناء عليه يكون من الجائز تجديد الخصومة أمام ذات المحكمة التى قضت بإسقاطها فى خلال ميعاد التقادم الطويل وأيا كانت مدة تقادم الحق الموضوعى . وتستأنف الدعوى سيرها اعتدادا بهذا الحكم القطعى . والواقع أن بقاء هذا الحكم القطعى يحمى صحيفة الدعوى أو الطعن من السقوط ، كذلك يحمى جميع الآثار القانونية المترتبة على هذه الصحيفة [٢]

والواقع أن بقاء الحكم القطعى والإجراءات السابقة عليه رغم سقوط الخصومة ، أن يؤدى إلى امكانية العودة للسير فى الخصومة ،

---

(١) وجدى راغب . ص ٤٢٥.

(٢) نقض مدنى ١٩٧٠/٢/٢٤. مجموعة النقض . س ٢١. ص ٣١٢.

فإن المقصود بذلك هو العودة لاتخـاذ إجـراءات جديـدة مكملـة للإجـراءات السابقة حتى يمكن صدور حكم منهيا للنزاع جميعه [1] .

أمـا الأحكـام غـير القطعيـة فهـى تسـقط بسـقوط الخصومـة [2] . والواقع أنه بسقوط الخصومة تعود العلاقة بين الخصوم إلى ماكـانت عليـه قبل رفع الدعوى .

ومـن جهـة أخـرى فإنـه لايـترتب علـى سـقوط الخصومـة سـقوط مـوازى للإجـراءات التـى لاتتعلـق بالخصومـة كـالإنذارات التـى يكـون الخصوم قد تبادلوها .

٢ - الإقرارات الصادرة من الخصوم والأيمان التى حلفوها .

والواقـع أن بقـاء هـذه الإقـرارات أو هـذه الأيمـان رغـم سـقوط الخصومـة يرجـع إلـى أنهـا لاتعتـبر أعمـالا إجرائيـة ، وإنمـا هـى أعمـال قانونية تم اتخاذها أثناء سير الخصومة [3] . وبالنسبة لقوة الإقرار واليميـن فى الإثبات فقد ذهب البعض إلى القول أن هذه الأدلة تعتبر فـى الخصومـة الجديدة ، التى تنشأ بعد السقوط ، مجـرد وسـائل يسـتمد منهـا القـاضى عناصر اقتناعه ، أى أنها لاتحتفظ بقيمتها القانونية كأدلة إثبـات ، أى أن سقوط الخصومة وإن كان لايؤثر فى هذه الإقرارات وهذه الأيمان إلا أنـه يسـلبها قيمتهـا القانونيـة ، ولكننـا نذهـب مـع البعـض الآخـر إلـى أن هـذه الإقرارات والأيمان تحتفظ بذات قيمتها القانونية فى الخصومة الجديدة وإلا ماكان هناك داعى للنص عليها [4] .

---

(١) عبدالباسط جميعى . ص ٥٣٢.
(٢) ابو الوفا . الدفوع . ص ٦٠١.
(٣) فانسان . المرجع السابق . ص ١٠٠٢.
(٤) فتحى والى . ص ٥٢٤.

٣ - إجراءات التحقيق وأعمال الخبرة التى تمت .

يشترط للتمسك بإجراءات التحقيق وأعمال الخبرة اللتى تم اتخاذها فى الخصومة التى سقطت ، أن تكون هذه الأعمال فى ذاتها صحيحة . وتملك المحكمة التى تنظر الخصومة الجديدة مطلق السلطة التقديرية إزاء هذه الأعمال .

والحكمة فى ذلك ترجع إلى اعتبارات عملية ، فقد يتوفى الشهود أو تزول المعالم التى أثبتها الخبراء .

وإذا كانت هذه هى الآثار العامة لسقوط الخصومة ، والتى تطبق أمام جميع محاكم الموضوع ، وبالنسبة لكل المنازعات أيا كانت طبيعتها، وبالنسبة لجميع الأشخاص ولو كانوا عديمى الأهلية أو ناقصيها بشرط أن يكون لهؤلاء الأشخاص من يمثلهم قانونا حتى يصح افتراض علمهم بالخصومة وحتي يصح أن يكون عدم السير فيها راجعا إلى فعل المدعى أو امتناعه ، إلا أن هناك آثارا خاصة بخصومة الإستئناف وهذا هو مايعنينا فى هذا المجال .

٢٥٩ - تنص المادة ١/١٣٨ من قانون المرافعات المصرى على أنه : " متى حكم بسقوط الخصومة فى الإستئناف اعتبر الحكم المستأنف انتهائيا فى جميع الأحوال " .

لم يعالج الفقه المصرى فى مجموعه هذه المسألة بالتفصيل اللازم، والذى اشار اليها ببعض العناية هو الأستاذ الدكتور احمد ابو الوفا [١] .

سبق لنا القول بأن المادة ١/١٣٨ من قانون المرافعات تنص على اعتبار الحكم المستأنف انتهائيا فى جميع الأحوال إذا ماحكم بسقوط

---

(١) ابو الوفا . الدفوع . ص ٦٠٤.

الخصومة فى الإستئناف فما هو المعنى المحدد الذى يجب اعطاؤه لهذا النص ؟

١ - إذا كان الحكم المستأنف يبدأ ميعاد الطعن فيه بالإستئناف من تاريخ صدوره ، وتم الطعن بالفعل ، ثم توافرت شروط سقوط الخصومة ، فإن الحكم المطعون فيه يصير انتهائيا ولايجوز الطعن فيه مرة أخرى بالإستئناف ، فاستئناف بعد استئناف لايجوز Appel sur appel ne vaut ويلزم لذلك أيضا ألا تكون محكمة ثانى درجة قد تناولت الحكم المطعون فيه بأى تعديل أو الغاء ، لأن هذا التعديل أو الإلغاء يترتب عليه صدور أحكام قطعية تحمى صحيفة الطعن بالإستئناف من السقوط ، وبالتالى - حسب القواعد العامة وكما سنرى من بعد - يمكن تجديد الخصومة من تاريخ آخر إجراء صحيح تم قبل صدور حكم السقوط.

ولايعتبر قبول الإستئناف شكلا تغييرا أو تعديلا فى الحكم المطعون فيه ، لأن هذا القبول الشكلى ضرورى لسير خصومة الإستئناف [١] .

ويترتب على اعتبار الحكم الإبتدائى انتهائيا ، وفقا للمادة ١/١٣٨ مرافعات اعتبار صحيفة الإستئناف غير قائمة ، فتزول ويزول الحق فى الإستئناف نفسه [٢] .

ويرى البعض أن الحكم الإبتدائى إذا كان قد لحقه تغيير أو تعديل فإنه يزول فى حدود مالحقه من ذلك [٣] . ومفترض هذا الرأى أن الحكم

---

(١) نقض مدنى ١٩٥٨/٥/١ . مجموعة النقض . س ٩ . ص ٣٨٢.
(٢) فانسان . المرجع السابق . ص ١٠٠٣ (م ٣٩٠ من القانون الفرنسى الجديد) .
(٣) رمزى سيف . الوسيط فى قانون المرافعات . بند ٥٠١.

الإبتدائى بعد الطعن فيه نظرته محكمة الإستئناف ، ثم أصدرت فيه حكما بالتعديل أو بالتغيير مع بقاء الخصومة سارية . أى لم يكن حكم المحكمة الإستئنافية منهيا للنزاع ، ثم بعد ذلك توافرت شروط سقوط الخصومة . خلاصة هذا الرأى هى أن الذى يزول بالسقوط هو الحكم الإبتدائى فى حدود مالحقه من تغيير . وهذا مالانوافق عليه ، فإنه بعد صدور الحكم القطعى من محكمة الإستئناف بالتعديل أو التغيير ، فإن الجزء الذى تم تعديله أو تغييره يظل قائما فى صورة الحكم القطعى الصادر من محكمة الإستئناف ، وبالتالى لايسقط هذا الحكم ، ويبقى قائما ، ويحمى صحيفة الإستئناف من السقوط ، ولايسقط إلا بالتقادم الطويل (مادة ١٣٧ مرافعات) [١] . وفى نطاق المادة ١/١٣٨ فإنه إذا حكم بسقوط الخصومة فى الإستئناف فإن الحكم الإبتدائى يعتبر انتهائيا من تاريخ انقضاء ميعاد الطعن بالإستئناف وليس من تاريخ تمام مدة السقوط ، فإذا لم يكن هذا الميعاد قد انقضى ، كما سوف نرى من بعد ، فإن الحكم الإبتدائى يعتبر انتهائيا من تاريخ الحكم بالسقوط [٢] . كل هذا كان يتعلق بالحكم الإبتدائى الذى يقبل الإستئناف من تاريخ صدوره .

٢ - أما إذا كان الحكم يقبل الطعن فيه بالإستئناف من تاريخ اعلانه كما فى الأحوال المنصوص عليها فى المادة ٢١٣.

أو إذا كان الحكم يقبل الطعن فيه من تاريخ آخر غير تاريخ صدوره أو إعلانه ، كما هو مقرر فى المادة ٢٢٨ من قانون المرافعات ،

---

(١) ابو الوفا . الدفوع . ص ٦٠٥.

- وهذه الحالة تعادل حالة صدور حكم من محكمة الإستئناف بالوقف التعليقى ، فيما أن هذا الحكم يعتبر حكما قطعيا فإنه يحمى صحيفة الإستئناف من السقوط .

(٢) نقض مدنى ١٩٧٦/٣/١٥ . طعن رقم ٢٨٠ ، س ٤٢ ق .

وإذا فرضنا أن الطاعن بالإستئناف قد رفع الطعن قبل حدوث الأمر الذى حدده المشرع كبداية لانفتاح ميعاد الطعن (الإعلان أو حدوث أمر من الأمور المنصوص عليها فى المادة ٢٢٨ مرافعات) ، ثم توافرت شروط سقوط الخصومة على الرغم من أن الميعاد لم يبدأ بعد كما حدده القانون ، فإنه ينبنى على ذلك وإذا ماحكم بسقوط الخصومة ، اعتبار الحكم المستأنف انتهائيا .

ومقتضى ذلك أنه لو حدث بعد الحكم بسقوط الخصومة - جدلا - أعلان الحكم إلى الطاعن (م ٢١٣) ، أو حدث أمر من الأمور المنصوص عليها فى المادة ٢٢٨ من قانون المرافعات ، فإن الحق فى الإستئناف ذاته يكون قد سقط ، ولايمكن رفع طعن جديد بالإستئناف . وعلى ذلك فلولا نص المادة ١٣٨ لكان من الجائز رفع طعن جديد بالإستئناف فى نطاق المادتين ٢٢٨ ، ٢١٣ من قانون المرافعات .

أما إذا كان الطعن بالإستئناف قد بدأ فى ظل النصوص المنظمة له فى المادة ٢١٣ والمادة ٢٢٨ من قانون المرافعات ، فإن الحكم بسقوط الخصومة يؤدى إلى اعتبار الحكم المطعون فيه انتهائيا دون حاجة لإعمال نص المادة ١/١٣٨ من قانون المرافعات (١) .

٣ - وسقوط الخصومة فى الإستئناف لايؤثر على الإستئناف المقابل إذا لم يكن فرعيا . فنحن فى هذا النطاق أمام استئناف مستقل وخصومة مستقلة عن خصومة الإستئناف الأصلى (٢) .

٤ - وسقوط الخصومة فى الإستئناف الأصلى يؤثر على العكس

---

(١) ابو الوفا . الدفوع . ص ٦٠٤ .

(٢) استئناف مختلط ١٩٢٨/٥/٢٩ . مجلة التشريع والقضاء . س ٤٠ . ص ٣٨٩.

فى الإستئناف الفرعى الذى يزول بزوال الإستئناف الأصلى [١] .

وقضت محكمة النقض بأن الخصومة فى الإستئناف تعتبر مستقلة فى مجال تطبيق أحكام السقوط عن الخصومة أمام محكمة الدرجة الأولى، وما يجرى على إحداهما من أحكام الوقف أو السقوط لا أثر له على الأخرى [٢] .

وهنا تغاير محكمة النقض موقفها السابق لها اتخاذه بصدد فكرة الخصومة فى نطاق اعمال المادة ٢١٢ من قانون المرافعات ، والذى تعتبر فى نطاقه أن الخصومة بصدد اعمال هذه المادة هى كتلة الإجراءات أمام أول درجة وثانى درجة .

ومن جهة اخرى ، وبالذات بصدد الأحكام التى تقبل الطعن المباشر فإن هذا الموقف يخلق صعوبات عملية نكتفى هنا بالتلميح اليها لأن نطاق معالجتها يخرج عن هذا الموقف .

وأخيرا فإنه إذا كان يترتب على الحكم بسقوط الخصومة فى نطاق المادة ١/١٣٨ من قانون المرافعات اعتبار الحكم المطعون فيه انتهائيا ، فإنه يجب ألا يتبادر إلى الذهن أن هذه المادة تعنى بهذا الوصف قابلية الحكم للطعن فيه بطرق الطعن غير العادية . فمثل هذا الحكم لايجوز الطعن فيه لا بالإلتماس ولا بالنقض لأن المستأنف يعتبر أنه قد فوت على نفسه ميعاد الطعن فى هذا الحكم بالإستئناف وبالتالى لم يستنفذ بعد طرق الطعن العادية [٣] .

وفى النهاية وبالنظر إلى موقف الفقه والقضاء ، فإن آثار السقوط

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٦/٣/١٠. مجموعة النقض . س ١٧ . ص ٥٤٢.

(٢) نقض مدنى ١٩٦٦/٣/١٠. مجموعة النقض . س ١٧ . ص ٥٤٢.

(٣) ابو الوفا . الدفوع . ص ٦٠٧.

تثير العديد من المشاكل التى كنا نفضل معالجتها فى مؤلف مستقل ، لايتسع له المؤلف الحالى المكرس للنظرية العامة للطعن بالإستئناف .

ويكفى للإشارة إلى جزئية من هذه المشاكل موقف محكمة النقض من استقلال خصومة أول درجة عن خصومة ثانى درجة بصدد السقوط .

وكذلك استقلال الإستئناف المقابل عن الإستئناف الأصلى بصدد السقوط .

ولبيان ذلك نكتفى بالإشارة إلى أن سقوط الخصومة فى الإستئناف الأصلى يستتبع بالضرورة صيرورة الحكم المستأنف نهائيا passé en force de chose jugée ، فما هى سلطات محكمة الإستئناف عند النظر فى الإستئناف المقابل الذى يظل قائما مع العلم بأنه يشترك مع الإستئناف الأصلى فى اكثر من عنصر ؟؟

وننتقل الآن إلى معالجة العارض الثانى الذى يؤدى إلى انقضاء الخصومة فى الإستئناف دون حكم .

الفرع الثانى

ترك الخصومة فى الإستئناف

٢٦٠ - تنص المادة ٢٣٨ من قانون المرافعات على أن : " تحكم المحكمة فى جميع الأحوال بقبول ترك الخصومة فى الإستئناف إذا نزل المستأنف عن حقه أو كان ميعاد الإستئناف قد انقضى وقت الترك "

كما تنص المادة ٢٣٩ من ذات القانون على أن : " الحكم بقبول ترك الخصومة فى الإستئناف الأصلى يستتبع الحكم ببطلان الإستئناف

الفرعى وتلزم المحكمة بمصاريفه من ترى الزامه بها من الخصوم بناء على ما تتبينه من ظروف الدعوى " .

هذه هى النصوص التى تعنينا فى المقام الأول حين نعالج أثر ترك الخصومة فى الإستئناف ، وهذه النصوص وردت فى الفصل الخاص بالإستئناف من قانون المرافعات المصرى ، ولعل المنطق ينصحنا قبل تناول نظام الترك من ناحية آثاره أمام محكمة الدرجة الثانية ، أن نتناول بإيجاز نظام ترك الخصومة .

٢٦١ – نظام ترك الخصومة :

نعالج بإيجاز فيما يلى تعريف نظام الترك le désistement وإجراءات إيقاعه وأخيرا ننظر فى آثاره .

٢٦٢ – ١ – تعريف نظام الترك la définition du désistement

ترك الخصومة هو اعلان المدعى عن إرادته فى إنهاء الخصومة دون حكم فى الموضوع ، وذلك بالشكل وبالشروط المنصوص عليها فى القانون [١] .

ويرى البعض فى فرنسا أن ترك الخصومة هو ايجاب موجه من المدعى إلى المدعَى عليه الذى إذا قبله فإنه يوقف الخصومة دون انتظار للحكم فى الموضوع .

والترك لايمس الحقوق المتنازع عليها [٢]. والحكمة من تشريع نظام الترك تعود الى اعتبارات الملائمة ، فقد لايختار المدعى الوقت

---

(١) وجدى راغب . ص ٤٣٨.

(٢) فانسان . ص ٩٩١ .

المناسب لرفع دعواه ، أو يتسرع فى ذلك قبل استجماع أدلته ، أو يخشى حدوث أمر يؤثر على حقه المنتظر ، لهذا أعطاه المشرع مكنة ترك الخصومة ليعيد وزن مركزه . ومن جهة أخرى فإننا نرى فى نظام ترك الخصومة أشجان مبدأ سيادة الخصوم ، واعتبار النزاع ملكا خاصا لهم ، لهذا أجاز المشرع للمدعى ترك خصومته بإرادته المنفرده ، والتى قد يشترط فى أحوال خاصة إضافة إرادة المدعى عليه إلى إرادة المدعى حتى يتم الإتفاق على الترك كما سوف نرى .

والترك قد يرد على الخصومة ككل ، وقد يرد على إجراء أو بعض إجراءات فيها ، وقد الترك على الدعوى القضائية ، أداة حماية الحق ذاتها .

٢٦٣ - ٢ - شروط الترك وكيفيته .

أ - لكى يقع الترك فلا بد من اعلان إرادة المدعى التى تتضمن ترك الخصومة .

وبما أن ترك الخصومة يتم بإعلان إرادى ، وهذا الإعلان يرتب آثارا قانونية ، فإنه يعتبر تصرفا قانونيا ، ولابد من توافر شروط وجود وصحة التصرف القانونى وأهمها الأهلية ويقصد بالأهلية هنا أهلية التقاضى . والترك أو التنازل قد يتم من المدعى نفسه أو من الوكيل بشرط أن يتم ذلك بناء على توكيل خاص ، ولايغنى فى هذا الشأن التوكيل العام [١] . ولايجوز أن يكون ترك الخصومة مقرونا بأى تحفظ . ويجب أن يكون الترك خاليا من اية شروط تهدف إلى تمسك التارك بصحة الخصومة أو بأى أثر من الآثار المترتبة على قيامها [٢]. وفيما

---

(١) عبدالباسط جميعى . ص ٥٣٦.

(٢) نقض مدنى ١٩٧٦/١١/٢٤. طعن رقم ٣٢ لسنة ٣٥ .

يتعلق بالطعن بالإستئناف فلا يجوز ترك الخصومة إلا من الطاعن وحده (١) . وإذا ترتب على ترك الخصومة سقوط الحق الذى رفعت به ، وجب فيمن يطلب الترك أن يكون ممن يملك التنازل عنه (٢) . والواقع أنه بما أن الترك يترتب عليه تنازل التارك عن الخصومة فتزول وتزول كافة إجراءاتها بما فى ذلك صحيفة افتتاحها ، ويترتب على ذلك زوال كافة الآثار القانونية المترتبة على قيامها ، فيعود الخصوم إلى الحالة التى كانوا عليها قبل رفع الدعوى ، فعلى ذلك فمن المتصور سقوط الحق الذى رفعت به الدعوى نتيجة الترك إذا كانت المدة المسقطة له بالتقادم أقصر من الأجل الذى يمضى بين رفع الدعوى والحكم بتركها .

ومن جهة أخرى فإن زوال آثار الخصومة يؤدى إلى اعتبار مدة التقادم التى انقطعت لمصلحة صاحب الصفة وكأنها لم تنقطع .

ويجب أن يقع اعلان المدعى عن إرادته فى التنازل فى الشكل الذى حدده القانون ، وذلك :

١ - بإعلان من التارك لخصمه على يد محضر يقرر فيه التنازل.

٢ - ببيان صريح فى مذكرة موقعة من التارك أو من وكيله مع اطلاع خصمه عليها .

٣ - أو بإبداء إرادة الترك شفويا فى الجلسة وإثباتها فى المحضر

ويجوز اعلان ترك الخصومة فى أية مرحلة كانت عليها الإجراءات وقبل صدور الحكم المنهى للخصومة .

وتحديد الصور أو الأشكال التى يجب أن يصاغ فيها الترك يرجع

---

(١) فتحى والى .

(٢) أبو الوفا . الدفوع . ص ٦٥٨.

الى أن المشرع المصرى لم يشأ أن يفترض الترك ولا أن تستشفه المحكمة من تصرفات أو أقوال تبدر من المدعى فى غير الحالات المتقدمة [١] . ومخالفة هذه الأشكال يرتب البطلان ، وهو بطلان شكلى (م ١٠٨) . والترك قد يكون كما سبق القول كليا أو جزئيا ، يشمل الخصومة كلها أو بعض إجراءاتها .

ب - ويشترط ثانيا فى بعض الحالات لاعمال ترك الخصومة قبول المدعى عليه لهذا الترك :

فى أحوال معينة اشترط المشرع ضرورة توافر قبول المدعى عليه للترك وذلك حتى يتمكن الإعلان الإرادى الصادر من المدعى من إحداث آثاره. وقبول المدعى عليه للترك هو ايضا تصرف قانونى يتضمن تنازله عن مركزه فى الخصومة وعن حقه فى التمسك بالسير فيها . وبناء على ذلك فإن هذا القبول يخضع هو ايضا لنظام التصرف القانونى من حيث الأهلية . والقانون لم يشترط شكلا معينا لهذا القبول . وعلى ذلك فمن الممكن أن يتم هذا القبول شفاهة فى الجلسة ويثبت فى محضرها ، أو بتقرير من المدعى عليه فى قلم الكتاب ، أو ببيان صريح فى مذكرة موقع عليها منه ، أو بإعلان على يد محضر [٢] . ومع ذلك فإن هذا القبوبل لايفترض ، بل يجب أن يكون واضحا صريحا ، والسكوت لايعتبر قبولا للترك .

والحكمة من اشتراط قبول المدعى عليه للترك حتى يمكن حدوث آثاره ترجع إلى أن تقديم المطالبة القضائية ينشئ للمدعى عليه الحق فى صدور حكم من المحكمة برفض الدعوى ولو كان المدعى على استعداد

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٥/١١/٢. مجموعة النقض . س ١٦. ص ٩٥٣.

(٢) ابو الوفا . الدفوع . ص ٦٦٤.

لترك الخصومة [1] .

ومع ذلك فإن هذا القبول لايكون لازما فى الأحوال الآتية :

١ - إذا لم يكن المدعى عليه قد أبدى طلبا أو دفاعا موضوعيا فى الدعوى .

ففى هذه الحالة لاتكون له مصلحة فى بقاء الخصومة ، وفى الوضع العكسى يلزم قبوله .

٢ - إذا كان المدعى عليه قد ابدى دفعا الغرض منه منع المحكمة من المضى فى سماع الدعوى ، كالدفع بعدم الإختصاص أو الإحالة أو الدفع ببطلان صحيفة الدعوى ، أو أى دفع شكلى آخر يرمى إلى انقضاء الخصومة انقضاء مبتسرا كالدفع بسقوط الخصومة أو باعتبار الدعوى كأن لم تكن . هنا لاتكون للمدعى عليه مصلحة مشروعة فى رفض الترك ، ويعتبر هذا الرفض من قبيل التعسف فى استعمال الحق [2] وأيضا لاحاجة لقبول المستأنف ضده لترك المستأنف لخصومة الإستئناف وذلك إذا كان الحكم المطعون فيه قد صدر كليا لمصلحته ، وكان ميعاد الطعن قد انقضى عند الترك ، وذلك أيا كانت النقطة التى يبدأ منها ميعاد هذا الطعن .

فالحكم بقبول الترك فى هذه الصورة ، يحوز قوة الأمر المقضى به .

وإذا تعدد المدعى عليهم ، وكانوا قد اشتركوا فى الخصومة

---

(١) فتحى والى . ص ٥٢٧.

- نقض مدنى ١٩٧٦/١١/٢٤. طعن رقم ٣٣ س ٣٥ .

(٢) وجدى راغب . ص ٤٤١ .

وأظهروا رغبة فى سيرها عن طريق القيام بالإجراءات وتقديم طلبات ودفوع فبالتالى يلزم قبولهم جميعا لترك الخصومة . فإذا لم يوافق أحدهم استمرت الخصومة بالنسبة اليه . وإذا حدث ترك أو تنازل من المدعى الأصلى وقبله المدعى عليه الأصلى ولم يقبله المتدخل فإن الخصومة تستمر بالنسبة اليه ايضا . أما المتدخل انضماميا فإن الخصومة إذا توافرت شروط تركها تنقضى بالنسبة اليه ولاحاجة لقبوله . وبقبول الترك تنقضى الخصومة . وإذا لم يقبل المدعى عليه الترك حيث يجب هذا القبول ، فإن الترك لاينتج آثاره ، وتستمر الخصومة فى سيرها دون أن يحدث فيها أى تغيير (١) .

وإذا تم قبول الترك من المدعى عليه فلا يجوز للمدعى الرجوع فيه (٢) .

ويرى البعض أنه يجوز للتارك أن يتحلل من إيجابه ويرجع عن تنازله إذا لم يصدر القبول من جانب المدعى عليه أو لم يحكم القاضى باعتماد الترك . وإذا حصل الترك من المدعى ، وقبل موافقة المدعى عليه قام بالمدعى سبب من اسباب انقطاع الخصومة ، هنا يجوز لمن يقوم مقامه أن يتحلل من هذا الترك إذا لم يصدر القبول من جانب المدعى عليه (٣) .

وإذا كان الترك غير معلق على قبول المدعى عليه فلا يملك المدعى الرجوع فيه . لأن الترك هنا يعتبر إسقاط rénonciation تتحقق آثاره القانونية بمجرد التصريح به . وهذا الحكم مستخلص من مفهوم

---

(١) فتحى والى . ص ٥٢٨.
(٢) فتحى والى . ص ٥٢٨.
(٣) أبو الوفا . الدفوع . ص ٦٦٢.

المخالفة للمادة ١٤٢ من قانون المرافعات .

هذه هى الشروط العامة لترك الخصومة ، عرضناها بإيجاز ، ونحيل بشأنها إلى المراجع العامة فى قانون المرافعات [١] .

وننتقل الآن إلى دراسة آثار الترك فى الإستئناف .

٢٦٤ - ٣ - آثار ترك الخصومة فى الإستئناف .

لترك الخصومة مجموعة من الآثار العامة . ولها آثار خاصة بالنسبة لخصومة الإستئناف .

(أ) وفيما يتعلق بالآثار العامة للترك ، فإن الترك يحدث أثره بمجرد توافر شروطه ، فإذا كان لايشترط قبول المدعى عليه للترك ، فإن الترك يحدث آثاره من تاريخ اعلان التارك لإرادته فى ترك الخصومة، أما إذا كان قبول المدعى عليه ضروريا فإن الترك لايحدث آثاره إلا من تاريخ صدور هذا القبول .

وعلى ذلك فالحكم الصادر من القاضى باعتماد الترك ماهو إلا حكم مقرر لأمر حدث وأنتج آثاره من قبل [٢] .

ويترتب على الترك زوال الخصومة واللغاء جميع إجراءاتها وآثارها ، ومع ذلك فإن هذا الترك لايمس الحق المرفوعة به الدعوى وعلى العموم فإنه يترتب على ترك الخصومة ذات الآثار التى تترتب على

---

(١) ارجع على وجه الخصوص لأبو الوفا. الدفوع . ط ٥ س ١٩٧٧. ص ٦٥٢-٧١٠.

(٢) وجدى راغب . ص ٤٤٢.
- فتحى والى . ص ٥٢٨ .
- ابو الوفا . ص ٥٧٨ هامش ٢ .
- عكس ذلك . كمال عبدالعزيز . ص ٣١١ .

سقوطها . ومع ذلك فإن ترك الخصومة لايمنع من إعادة رفع الدعوى مرة ثانية .

ولاتسقط بالترك الأحكام القطعية الصادرة فى الخصومة ولا الإقرارات السابقة على هذه الأحكام .

ويحكم على التارك بالمصاريف . ومع ذلك تنص المادة ١/٧١ من قانون المرافعات على أنه إذا ترك المدعى الخصومة فى الجلسة الأولى لنظر الدعوى ، وقبل بدء المرافعة فلا يستحق على الدعوى إلا ربع الرسم المسدد ويرد له الباقى .

والترك كما قد ينصب على الخصومة برمتها فقد ينصب على عمل من أعمال الخصومة . فإذا تحقق الترك بالنسبة لعمل من أعمال الخصومة ، فهذا الأخير هو وحده الذى يعتبر كأن لم يكن . والنزول عن عمل من أعمال الخصومة يجوز أن يتم من المدعى أو المدعى عليه . كما أن هذا النزول لايؤثر فى بقاء الخصومة ، وقد يكون صريحا أو ضمنيا.

والترك قد ينصب على الحق فى الدعوى ذاته ، وهنا يشترط أهلية التصرف فى التارك ، وكذلك لايشترط قبول المدعى عليه لأن هذا التنازل مفيد له فى جميع الأحوال . ترك الخصومة لايقع إلا بعد انعقادها ، أما ترك الدعوى أو التنازل عنها فإنه يمكن أن يينشأ قبل نشأة الخصومة أو بعد قيامها . ومن ترك الخصومة يستطيع أن يرفع الدعوى من جديد ، أما من نزل عن دعواه فالعكس صحيح [(١)] .

(ب) أما فيما يتعلق بآثار ترك الخصومة فى الإستئناف .

فإن دراستنا هنا تنصب بصفة أساسية على المواد ٢٣٨ ، ٢٣٩

---

(١) فتحى والى . ص ٥٣٠.

من قانون المرافعات المصرى .

١ - تنص المادة ٢٣٨ من قانون المرافعات على أن محكمة الإستئناف تحكم فى جميع الأحوال بقبول ترك الخصومة فى الإستئناف إذا نزل المستأنف عن حقه أو كان ميعاد الإستئناف قد انقضى وقت الترك .

وعلى ذلك فإذا نزل المستأنف عن حقه فى الإستئناف فبهذا النزول ينقضى هذا الحق . وبالتالى لايستطيع المستأنف أن يرفع الإستئناف من جديد ولو كان ميعاده مازال مفتوحا . ويشترط فى هذه الحالة لصحة النزول عن الحق فى الإستئناف أن تتوافر فى التارك أهلية التصرف . ولا يشترط أيضا فى هذه الحالة قبول المستأنف ضده ، فالنزول هنا يتمخض لصالحه ، وإذا كان المستأنف عليه قد رفع استئنافا مقابلا ، فإن الوضع لايتغير ، لأن هذا الإستئناف الأخير طالما لم يرد عليه تنازل ، فإنه ينشئ خصومة مستقلة عن خصومة الإستئناف الأصلى . أما إذا قام المستأنف بإعلان إرادة فى الترك واقترن هذا الإعلان بالإحتفاظ بالحق فى رفع استئناف جديد ، طالما أن الميعاد مازال قائما . فإن هذا الإعلان يتوقف إحداث أثره على قبول المستأنف عليه . وبما أن القانون لم يحدد ميعادا لإعمال الحق فى ترك الخصومة ، فبناء عليه يجوز أن يقع الترك فى أى حالة كانت عليها الإجراءات إلى ماقبل قفل باب المرافعة فى الإستئناف . بل أكثر من هذا فقد قضى بجواز التنازل من خلال المواعيد التى صرحت فيها المحكمة للخصوم بتقديم مذكرات خاصة فى الإستئناف (١) . ويلاحظ

---

(١) نقض مدنى ١٩٣٢/٢/١٨. مجموعة عمر . جـ ١ . ص ٧٥.
- نقض مدنى ١٩٦٥/١١/٢. مجموعة النقض . س ١٦. ص ٩٥٣.
- نقض مدنى ١٩٦٤/٤/٣٠. مجموعة النقض . س ١٥. ص ٦٠٧.
- استئناف مصر ١٩٣٣/١٢/١٧. المحاماة . س ١٤. ص ٥٦٠.

فى هذه الحالة أيضا أنه إذا كان الترك مقترنا بالحق فى إعادة الإستئناف ، فقد قلنا أن فعاليته تتوقف على قبول المستأنف عليه وبشرط أن يكون الميعاد قائما (١) .

والحالة التى تواجهها المادة ٢٣٨ من قانون المرافعات لترك الخصومة فى الإستئناف هى الحالة التى يكون ميعاد الطعن بالإستئناف فيها قد انتهى ، أيا كانت نقطة بدايته ، وذلك وقت الترك . هنا نلاحظ أن ترك الخصومة الذى يقع بعد انقضاء الميعاد يفيد ضمنا التنازل عن الحق فى رفع استئناف جديد .

وترك الخصومة فى هذه الحالة تتحقق آثاره بمجرد حدوثه دون حاجة لقبول المستأنف عليه ، ولايجوز العدول عنه لأن هذا العدول لاقيمة له (٢) .

والحكم الصادر من المحكمة باعتماد الترك هو مجرد حكم مقرر وليس منشئا ، وبناء على ذلك ، وكما سبق القول ، فإن الترك ينتج آثاره منذ تمامه ، وعلى ذلك فالتدخل المسموح به فى الإستئناف ، الذى يتم فى الفترة بين تمام الترك وبين حكم المحكمة لايقبل ، لأنه لاتوجد خصومة يتم فيها التدخل .

٣ - وفيما يتعلق بآثار ترك الخصومة فى الإستئناف آخذا فى الإعتبار المادة ٢٣٩ من قانون المرافعات فإننا نجد هذه المادة تنص على أن الحكم بقبول ترك الخصومة فى الإستئناف الأصلى يستتبع الحكم ببطلان الإستئناف الفرعى ، وتلزم المحكمة بمصاريفه من ترى الزامه بها من الخصوم بناء على ماتتبينه من ظروف الدعوى وأحوالها .

---

(١) ابو الوفا. الدفوع . ص ٧٠٥.

(٢) نقض مدنى ١٩٧٣/٥/٢٢. مجموعة النقض . س ٢٤. ص ٨٠٧.

لما كان الإستئناف الفرعى الذى يرفعه المستأنف عليه بعد الميعاد أو بعد قبول الحكم قبل رفع الإستئناف الأصلى غير جائز إلا باعتباره ردا على الإستئناف الأصلى ، فإنه يكون من الطبيعى أن يرتبط مصيره بمصير خصومة الإستئناف الأصلى [1] . ولهذا فإن الإستئناف الأصلى يعتبر مفترضا ضروريا للإستئناف الفرعى . وبناء على ذلك فإن كل مايؤثر فى صحة أو وجود الإستئناف الأصلى يؤثر حتما فى الإستئناف الفرعى ، وإلى ذلك أشارت المادة ٢٣٧ من قانون المرافعات المصرى .

وبناء على ذلك ، فلا يجوز للمستأنف عليه أن يتمسك باستئنافه الفرعى للإعتراض على ترك المستأنف لاستئنافه الأصلى ، وذلك إذا كان هذا الترك مقترنا بالتنازل عن حق الإستئناف أو كان ميعاد الإستئناف قد انقضى .

ويلاحظ فى هذا الصدد أنه إذا كان المستأنف عليه قد رفع فى الميعاد استئنافا مقابلا ولم يكن قد سبق له قبول الحكم ، فهذا الإستئناف يبقى على الرغم من انقضاء الإستئناف الأصلى بالترك ، لأنه يعد فى حكم الدعاوى المرتبطة [2] .

وبهذا ننتهى من معالجة هذا العارض من عوارض الخصومة وننتقل إلى معالجة العارض الأخير .

---

(١) ابو الوفا. الدفوع . ص ٧٠٥.

(٢) ابو الوفا . الدفوع. ص ٧٠٥.

الفرع الثالـث

تقادم الخصومة فى الإستئناف

٢٦٥ - تنص المادة ١/١٤٠ من قانون المرافعات المصرى على أنـه : " فـى جميع الأحـوال تنقضـى الخصومـة بمضـى سـنتين علـى آخـر إجراء صحيح فيها " .

نتكلم فيما يلى بإيجاز عن شروط انقضاء الخصومة بمضى المـدة، ثم نعالج آثار هذا التقادم بصدد خصومة الإستئناف .

١ - شروط انقضاء الخصومة بالتقادم .

يشترط لسقوط الخصومة بالتقادم عدم السير فيها لأى سبب كـان . وأيا كان المتسبب فى عدم السير فيها .

٢ - انقضـاء سـنتين مـن تـاريخ آخـر إجـراء صحيـح فــى هــذه الخصومــة . وبمـرور هــذه المدة فـإن الخصومـة تنقضـى بالتقـادم بقــوة القانون (١) .

ولايؤدى انقضاء الخصومة بالتقادم إلى انقضاء الحق فى الدعـوى إلا إذا كانت مدة انقضاء الحق فى الدعوى ذاتها قد اكتملت . كمـا لايؤثـر التقادم فى الحق الموضوعى الذى رفعت به الدعوى .

والهدف من نظام تقادم الخصومة هو منع تراكم القضايا التى طـال عليها الزمن دون حركة . ويترتب على انقضـاء الخصومـة بمضـى المدة

---

(١) أنقصت مدة تقادم الخصومة وصارت سنتين بدلا من ثلاثة من تاريخ آخر أجراء صحيح ، بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ .

ذات الآثار التى تترتب على سقوطها . وهذا النوع من التقادم الحتمى لايلحقه وقف ولا انقطاع [1] .

ولايجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بانقضاء الخصومة لأن هذا الدفع لايتعلق بالنظام العام [2] . والواقع أننا نراه متعلقا بالنظام العام لأنه يهدف إلى مصلحة عامة هى حسن سير مرفق القضاء . والتمسك بالتقادم قد يكون بصورة دفع أو طلب أصلى وذلك أمام ذات المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى الأصلية التى سقطت بالتقادم .

ويجوز لكل من المدعى والمدعى عليه وأى خصم فى هذه الدعوى التى انقضت بالتقادم أن يتمسك بسقوطها بمضى المدة . لأن هذا الجزاء هو جزاء مطلق ومجرد لعدم السير فى الخصومة بغض النظر عن السبب فى عدم السير هذا ، أو عن المتسبب فيه [3] .

وإذا كانت مدة تقادم الدعوى لم تكتمل رغم مرور سنتين ، فإن الدفع بتقادم الخصومة يعتبر دفعا شكليا (م١٠٨). أما إذا اكتملت هذه المدة قبل التمسك بالدفع فإن هذا الدفع ينقلب إلى دفع موضوعى وتسرى عليه أحكام الدفوع الموضوعية [4] .

والحكم بانقضاء الخصومة بالتقادم فىالإستئناف يترتب عليه اعتبار

---

(١) عبدالباسط جميعى . ص ٥٣٣.
(٢) وجدى راغب . ص ٤٣٧.
(٣) وجدى راغب . ص ٤٣٧.
- نقض مدنى ١٩٧٠/٢/٢٤. مجموعة النقض . س ٢١. ص ٣١٢.
- نقض مدنى ١٩٦٧/٣/١٦. مجموعة النقض . س ١٨ . ص ٦٧٢.
(٤) راجع تفصيل ماعرضه الأستاذ الدكتور ابوالوفا. الدفوع . ص ٦١٨.
وقارن فتحى والى . ص ٥٣٠ وهو مانميل اليه .

الحكم المستأنف نهائيا من تاريخ انقضاء ميعاد الطعن بالإستئناف ، أو من تاريخ الحكم بالإنقضاء إذا كان ميعاد الإستئناف لم ينقض بعد (١) .

ولكننا نرى أن سقوط الخصومة بالتقادم فى الإستئناف بما أنه يتم بقوة القانون ، والحكم الصادر ماهو إلا حكم مقرر لهذا الوضع ، فبناء عليه فإن الحكم المطعون فيه يعتبر انتهائيا أيضا بقوة القانون وبمجرد توافر شروط سقوط الخصومة بالتقادم .

ويلاحظ بحق فى هذا الصدد ، وبما أن آثار التقادم هى بعينها آثار السقوط ، أن شرط اعتبار الحكم المستأنف نهائيا هو أن يكون من شأن انقضاء الخصومة بالتقادم زوال صحيفة الإستئناف . أما إذا كانت هذه الصحيفة قد تحصنت من الزوال بصدور حكم قطعى كالحكم بوقف الدعوى وقفا تعليقيا ، فإنه لايترتب على الحكم بالإنقضاء اعتبار الحكم الإبتدائى انتهائيا (٢) .

وبهذا نكون قد انتهينا من معالجة عوارض خصومة الإستئناف وننتقل الآن إلى المبحث الثالث والأخير من هذا الفصل والمتعلق بالحكم الصادر من محكمة الإستئناف فى الطعن المرفوع اليها .

---

(١) كمال عبدالعزيز . ص ٣٠٦.

(٢) نقض مدنى ١٩٥٨/٥/١. مجموعة النقض س ٩ . ص ٣٨٢.

المبحث الثالث

الحكم الصادر من محكمة الإستئناف

فى الطعن المرفوع اليها

٢٦٦ - إذا سارت الخصومة سيرا عاديا أمام محكمة الإستئناف ولم يعترضها عارض يؤدى إلى انقضائها دون صدور حكم فى الموضوع فإن الوضع العادى للأمور لابد أن ينتهى بصدور حكم من محكمة الإستئناف فى الطعن المرفوع اليها .

هذا الحكم تختلف صوره وتتعدد ، ويهمنا فيما يلى استعراض صور الحكم المتصور صدوره من محكمة الإستئناف فى الطعن المرفوع اليها .

ونستعرض ذلك فى المطالب الآتية :

المطلب الأول : الحكم بعدم قبول الطعن بالإستئناف .

المطلب الثانى : الحكم بقبول الإستئناف شكلا وفى الموضوع بإلغاء أو ببطلان الحكم المطعون فيه .

المطلب الثالث : الحكم بقبول الإستئناف شكلا وفى الموضوع بتعديل الحكم المطعون فيه .

المطلب الرابع : الحكم بقبول الإستئناف شكلا ورفضه موضوعا وتأييد الحكم المستأنف .

المطلب الخامس : قبول الإستئناف شكلا وفى الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه أو ببطلانه والفصل فى الطلبات الموضوعية .

المطلب السادس : فى تصحيح وتفسير الحكم الصادر من محكمة الإستئناف .

ونعالج فيما يلى كل مطلب من هذه المطالب بشئ من التفصيل .

المطلب الأول

الحكم بعدم قبول الطعن بالإستئناف

٢٦٧ - من القواعد الثابتة فى قانون المرافعات أنه لايجوز لمحكمة الإستئناف أن تسوئ مركز المستأنف الذى طعن فى الحكم طالما أن المستأنف عليه لم يتخذ موقفا إيجابيا يعارض به القضاء الصادر لمصحة الطاعن من محكمة اول درجة (١) .

ومن القواعد الثابتة ايضا أن حكم محكمة الإستئناف يخضع من حيث الشكل لكافة القواعد العامة الخاصة بالأحكام القضائية (٢) .

تحكم محكمة الإستئناف فى الطعن المرفوع اليها بعدم القبول إذا قام بالطعن سبب من الأسباب المؤدية إلى عدم قبوله . وعدم قبول الطعن له أسباب متعددة منها رفع الطعن بعد انقضاء الميعاد ، أو أن صحيفة الطعن بالإستئناف لم يتم اعلانها فى خلال الشهور الثلاثة المحددة فى المادة ٧٠ من قانون المرافعات . ويعتبر الإستئناف غير مقبول إذا رفع ممن لامصلحة له فى رفع الطعن ، أو إذا رفع الطعن من شخص لاتتوافر له أهلية التقاضى ، ولم يوجد من يمثله تمثيلا قانونيا بصدد رفع هذا الطعن .

فى كل هذه الأحوال وغيرها ، تحكم محكمة الإستئناف ، بحكم قطعى صادرا قبل الفصل فى الموضوع ومنهيا للخصومة ، بعدم قبول الطعن المرفوع أمامها .

مثل هذا الحكم بعدم القبول بما أنه ينهى الخصومة أمام محكمة

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٣/٢/٢١. طعن رقم ٢٧٩. س ٥٣٥.

(٢) نقض مدنى ١٩٧٢/٥/١٨. مجموعة النقض . س ٢٣. ص ٩٥٩.

- أبو الوفا . الأحكام . ص ٣٦٠.

الإستئناف فمن الجائز الطعن فيه مباشرة بالنقض إذا توافرت فيه أسباب الطعن بالنقض [1] . وإذا حكمت محكمة الإستئناف بعدم قبول الطعن ، فإن الإستئناف يزول . وتزول كافة الآثار المتولدة عن ايداع صحيفته قلم الكتاب .

ويصير الحكم المطعون فيه بالإستئناف حائزا لقوة الأمر المقضى، وذلك إذا كان ميعاد الطعن بالإستئناف أيا كانت نقطة بدايته قد انتهى . فإذا كان الميعاد لم ينتهى فمن الجائز تجديد الطعن بالإستئناف مع تصحيح العنصر الذى أدى تخلفه إلى الحكم بعدم قبول الطعن بالإستئناف .

وإذا كان الحكم المطعون فيه بالإستئناف هو حكم ابتدائى مشمولا بالنفاذ المعجل ، ولم يطلب من محكمة الإستئناف وقف هذا النفاذ المعجل، وحكم بعدم قبول الطعن فى هذا الحكم ، وكان ميعاد الطعن قد انتهى ، فإن الحكم المطعون فيه يصير حائزا لقوة الأمر المقضى ، ويعتبر سندا تنفيذيا عاديا ، وتستكمل إجراءات التنفيذ التى قد تكون بدأت بناء على هذا الحكم الإبتدائى الذى صار انتهائيا [2] .

وفى هذه الحالة لابد من اعلان الحكم الصادر بعدم القبول من محكمة الإستئناف . ويراعى فى هذا الصدد ، وفى نطاق هذه الحالة ، أنه إذا كان الحكم المطعون فيه مشمولا بالنفاذ المعجل ، وكان قد طلب عند الطعن فيه بالإستئناف وقف تنفيذه ، وأجابت محكمة الإستئناف الطالب إلى طلبه ، ثم حكمت بعدم قبول الطعن ، فى هذه الحالة فإن الحكم المطعون فيه وقد صار انتهائيا فإنه يجوز الشروع فى معاودة التنفيذ

---

(١) نبيل عمر . النظرية العامة للطعن بالنقض . منشأة المعارف . الطبعة الأولى. س ١٩٨٠ . ص ٢٥٠ .

(٢) نبيل عمر . التنفيذ القضائى . ط ١٩٧٩ . ص ٢٠٠ .

الجبرى بمقتضاه . بعد اعلان الحكم الإستئنافى .

ومع ذلك إذا كانت الخصومة قد سقطت أمام محكمة الإستئناف فإن الحكم الإبتدائى يصير انتهائيا فى جميع الأحوال ، وكذلك يعتبر وكأنه لم يستأنف قط ، فيكتسب قوة الأمر المقضى به بمرور الزمن ، والتالى فهو السند التنفيذى الذى يجوز مباشرة إجراءات التنفيذ الجبرى بمقتضاه .

والحكم الصادر بالسقوط من محكمة الإستئناف يرى البعض أنه لاحاجة لاعلانه الى المراد التنفيذ عليه ، بل يكفى تقديم هذا الحكم الى قلم المحضرين لمباشرة التنفيذ الجبرى على أساس حكم أول درجة (١) .

والواقع أننا نفضل اعلان الحكم الصادر بسقوط الخصومة إلى المراد التنفيذ عليه ، وتظهر أهمية ذلك فى الأحوال التى يصدر فيها حكم السقوط من محكمة الإستئناف بصدد حكم لايبدأ ميعاد الطعن فيه إلا من تاريخ اعلانه حتى يمكن تلافى اشكالات التنفيذ .

وعلى محكمة الإستئناف أن تتحقق من تلقاء نفسها من توافر شروط الطعن ، ومن اختصاصها بنظره ، فهذه مسائل تتعلق بالنظام العام . فإذا وجدت أن شرطا من شروط قبول الطعن غير متوافر كان عليها من تلقاء نفسها أن تحكم بعدم قبول الطعن (٢) .

ومن القواعد الأساسية فى التشريع أيضا أن الخصومة أمام محكمة الإستئناف هى حالة استثنائية ، وأن المشرع ماأجاز التظلم من الحكم سواء بطريق عادى أو بطريق غير عادى إلا على سبيل الإستثناء ، وبالتالى فاختصاص محكمة الإستئناف بنظر الطعن هو اختصاص متعلق

---

(١) فتحى والى . التنفيذ الجبرى . سنة ١٩٧١. ص ٤٢. هامش ٣ .

(٢) أبو الوفا . الأحكام . ص ٩١٥.

- نقض مدنى ١٩٧٢/٦/٣. مجموعة النقض . س ٢٣. ص ١٠٧١.

بالنظام العام ، فـإذا مـاخولفت قواعـد الإختصـاص فـى هـذا الشـأن تحكـم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم الإختصاص والإحالة تطبيقا للمادة ١١٠ مـن قانون المرافعات .

المطلب الثانى

الحكم بقبول الإستئناف شكلا وفى الموضوع بالغاء أو ببطلان الحكم المطعون فيه وعودة القضية إلى محكمة أول درجة

٢٦٨ – قد تكون الشروط الواجب توافرها لقبول الإستئناف شكلا متوافرة ، من ناحية أنه رفع فى الميعاد ، ومن ذو المصلحة ، وقـام بـه ذو الصفة ، فى مثـل هـذه الأحـوال فـإن محكمـة الإستئناف تحكـم بقبـول الإستئناف شكلا .

وهـذا الحكـم هـو حكـم فرعـى قطعـى غـير منهـى للخصومـة ، وبالتالى لايجوز الطعن فيه مباشرة بالنقض عملا بالمـادة ٢١٢ مـن قـانون المرافعات .

ومقتضى عودة القضية الى محكمة اول درجـة هـو ألا تكـون هـذه الأخيرة قد استنفذت ولايتها بالحكم فى الموضـوع .

وقد قضى بناء على ذلك بأن الغاء الحكم الصادر من محكمـة أول درجة بقبول الدفع الشكلى يوجب اعادة القضية لمحكمة اول درجة [١] .

وقضى أيضا بأن الحكم بقبول الدفع بعدم الإختصاص يوجب الغاء حكم محكمة أول درجة مع احالة الدعوى إلى المحكمـة المختصـة لنظرهـا من جديد [٢] .

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٢/٣/١٢ . مجموعة النقض . س ١٣ . ص ٣٣٩. =

ومن صور الإعادة أيضا أنه إذا ألغت المحكمة الإستئنافية الحكم الصادر فى الطلب الأصلى ، وكان المدعى (المستأنف عليه) قد طلب طلبا احتياطيا أمام محكمة اول درجة ، فإنه يتعين على المحكمة الإستئنافية أن تعيد القضية الى محكمة أول درجة لتفصل فى الطلب الإحتياطى .

ومع ذلك فقد حكمت محكمة النقض فى قضية مؤداها أنه قد طرح على محكمة أول درجة طلبا أصليا وآخر احتياطيا . وقبلت محكمة اول درجة الطلب الأصلى وفصلت فيه ، ولم تفصل فى الطلب الإحتياطى بطبيعة الحال . وطعن المستأنف فى الحكم الصادر فى الطلب الأصلى ، هنا يرى ابعض رغم عدم وجود نص فى الطلب الإحتياطى يعتبر مطروحا على محكمة الإستئناف دون رفع استئناف بشأنه (١) . ومحكمة النقض المصرية أخذت بهذا النظر ، وتقدمت ابعد من ذلك إلى القول بأن على المحكمة الإستئنافية إذا قضت بالغاء الحكم الإبتدائى الصادر فى الطلب الأصلى ، فعليها أن تعرض للطلب الإحتياطى وتفصل فيه (٢) .

ومع ذلك فإننا نجد أن محكمة النقض اشترطت فى هذه الحالة أن يكون الطلب الأصلى والطلب الإحتياطى كلاهما موجها إلى نفس الشخص.

ومع ذلك فإن المادة ٢٣٤ من قانون المرافعات لم تأخذ بهذه الحلول ، إذ نصت على أنه إذا الغت المحكمة الإستئنافية الحكم فى الطلب

= (٢) استئناف القاهرة ١٩٧٤/٥/١١. القضية رقم ٢٥٩٩ س ٨٧. مشار اليه فى عبدالمنعم حسنى ص ٤٨٨ .

(١) فتحى والى . ص ٦٠٩.

(٢) نقض مدنى ١٩٦٥/٤/٢٩. مجموعة النقض . س ١٦ . ص ٥١٨.

الأصلى فعليها أن تعيد القضية بالنسبة للطبب الإحتياطى إلى المحكمة الإبتدائية للفصل فيه .

وأساس ذلك يرجع إلى أن حكم محكمة أول درجة لم يتعرض للطلب الإحتياطى ، وبالتالى لاتعتبر هذه المحكمة أنها قد استنفذت ولايتها بصدده .

وعلى ذلك ففصل محكمة ثانى درجة فى هذا الطلب الإحتياطى يخالف مبدأ التقاضى على درجتين . بل أكثر من هذا يعتبر ذلك تصديا ممنوعا على محكمة الإستئناف القيام به (١) .

ومع ذلك فيجب القول بأن استئناف الحكم الصادر فى الطلب الأصلى يطرح بالضرورة الطلب الإحتياطى على محكمة الإستئناف كأثر لهذا الطعن .

فبغير هذا القول لاتستطيع محكمة الإستئناف أن تقضى بإعادة الطلب الإحتياطى إلى محكمة أول درجة (٢) .

وسوف نعود من بعد إلى مناقشة هذه المسألة بالتفصيل اللازم فى الباب الثالث من هذا المؤلف .

ومن المقرر أن حكم الإعادة مؤداه الغاء الحكم المستأنف ولو لم ينص على ذلك صراحة فى منطوقه (٣) .

وإذا قضت محكمة الإستئناف بإعادة القضية إلى محكمة الدرجة الأولى للفصل فيها فلا يجوز للمحكمة الأخيرة أن تقضى بعدم قبول

---

(١) فتحى والى . ص ٦١٠.

(٢) فتحى والى . ص ٦١٠.

(٣) نقض مدنى ١٩٦٤/٤/٢٩. مجموعة النقض . س ١٥. ص ٥٧٣.

الدعوى لسبق الفصل فيها استنادا إلى أنها استنفذت ولايتها القضائية فى الدعوى بالحكم السابق صدوره فيها . بل يجب عليها أن تنفذ الحكم الإستئنافى صحيحا كان أو خطأ ذلك الحكم . فقضاء محكمة الدرجة الثانية مسلط على قضاء محاكم الدرجة الأولى فى الموضوع [1] .

ومن المقرر أيضا فى هذا الصدد ، وبخصوص التسبيب بالنسبة للحكم الإستئنافى الذى يقضى بالغاء الحكم المستأنف ، أن المحكمة الإستئنافية غير ملزمة بالرد على اسباب الحكم المستأنف مادامت قد أقامت حكمها على أسباب تكفى لحمله [2] .

وعلى محكمة الدرجة الثانية فى جميع الأحوال المتقدمة أن تأمر قلم الكتاب فى المحكمة المحال اليها الدعوى بتحديد جلسة لنظرها ويعلن بها الخصوم .

وقيام محكمة الإستئناف بإلغاء أو بإبطال الحكم المطعون فيه ، وعودة القضية مرة ثانية إلى محكمة أول درجة ، مشروط بطبيعة الحال بألا تكون محكمة أول درجة قد استنفذت ولايتها بصدد هذه القضية .

وعلى ذلك فإذا قضت محكمة الدرجة الأولى بإسقاط الخصومة عملا بالمادة ١٣٤ ، دون أن تكون قد نظرت الموضوع وبالتالى لم تستنفذ ولايتها بصدده ، ففى هذه الحالة إذا قضت محكمة الإستئناف بإلغاء الحكم المطعون فيه ، فإنه يجب على محكمة الدرجة الثانية ومن تلقاء نفسها إعادة القضية إلى محكمة أول درجة . هذه الإعادة تتم من جانب المحكمة من تلقاء نفسها ودون أى طلب من الخصوم [3] .

---

(١) استئناف القاهرة ١٩٦٣/٤/٢١. القضية رقم ١٢٤٩. س ٧٨.
(٢) نقض مدنى ١٩٧٢/٦/٢٢. مجموعة النقض . س ٢٣. ص ١١٥٤.
(٣) نقض مدنى ١٩٧٢/٥/٢٣. مجموعة النقض . س ٢٣. ص ٩٨١.

ومع ذلك فهناك حالات لاتتم فيها هذه الإعادة ، من ذلك مثلا ماقضت به محكمة النقض ، بأنه إذا ترتب على عدم اعلان صحيفة الدعوى عدم انعقاد الخصومة ، فإن مؤدى قضاء محكمة الإستئناف ببطلان هذه الصحيفة والحكم المستأنف المبنى عليها ، ألا تبقى بعد ذلك خصومة مطروحة على المحكمة ، ومن ثم فلا يسوغ لمحكمة الإستئناف أن تمضى بعد ذلك فى نظر الموضوع (١) .

وبالإضافة إلى ذلك فإن على محكمة الإستئناف أن تقف عند حد تقرير البطلان دون إعادة .

وإذا كان مثل هذا الحكم الذى الغته أو أبطلته محكمة الإستئناف قد شرع فى التنفيذ بمقتضاه لشموله بالنفاذ المعجل ، فإن ماتم تنفيذه يزول بزوال الأساس الذى قام عليه (٢) .

ومتى ألغت محكمة الإستئناف الحكم المطعون فيه وجب عليها الرد على أسباب الحكم الإبتدائى ، فضلا عن تسبيب قضائها بما يستقيم معه (٣) .

ويجب على محكمة الإستئناف تفنيد أسباب الحكم الإبتدائى الذى قضت بإلغاءه ، ولو كانت فيما قضت به قد أخذت بالوقائع التى رتب عليها الحكم الإبتدائى قضاءه .

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٣/٥/١٥. مجموعة النقض . س ٢٤. ص ٧٤٨.

(٢) نبيل عمر . إجراءات التنفيذ . ص ٢٥٠.

(٣) نقض مدنى ١٩٥١/١٢/٢٠. القضية رقم ٦٢ . س ١٩ قضائية .

المطلب الثالث
الحكم بقبول الإستئناف شكلا
وفى الموضوع بتعديل الحكم المطعون فيه

٢٦٩ - من المقرر هنا ، أن تكون شروط قبول الطعن كلها متوافرة وصحيحة ، فتحكم المحكمة بقبول الإستئناف شكلا ، ومع ذلك تقوم بتعديل الحكم المطعون فيه . وتعديل الحكم المستأنف قد يكون كليا وقد يكون جزئيا حسب ماتراه محكمة الإستئناف . والحكم الصادر بتعديل الحكم المطعون فيه يعتبر حكما حائزا لقوة الأمر المقضى به لصدوره من محكمة ثانى درجة .

وإذا كان التعديل جزئيا ، فإن حكم أول درجة بفوات ميعاد الطعن يصير هو أيضا انتهائيا وذلك بالنسبة للجزء الذى لم يحدث تعديل بالنسبة له .

وإذا كان التعديل كليا فحكم الإستئناف هو الذى يعتبر سندا تنفيذيا فى هذه الحالة . أما إذا أحال هذا الحكم الأخير فى منطوقه أو فى أسبابه المكملة للمنطوق إلى حكم أول درجة ، فإن السند التنفيذى فى هذه الحالة يتكون من الحكمين معا . ويتعين مراعاة ذلك عند اتخاذ مقدمات التنفيذ ، فهما معا يكونا السند التنفيذى .

والمقرر فى هذا الصدد ، بحق ، أنه فى حالة التعديل الجزئى ، أن واجب التسبيب الملقى على عاتق محكمة الإستئناف لاينصب إلا على الجزء من الحكم المطعون فيه الذى يكون قد شمله التعديل فقط .

أما الجزء الذى لم يشمله التعديل فيعتبر وكأنه قد حكم بتأييده ، وبالتالى تبقى أسباب حكم أول درجة قائمة بالنسبة له [1] .

---

(١) عبدالمنعم حسنى . ص ٤٨٨ .

وبحسب محكمة الإستئناف أن تبين فى حكمها أسباب ماقضت به ، وأسباب تعديليها للحكم المطعون فيه ، وهى بعد ذلك غير ملزمة بتتبع كل أسباب الحكم المطعون فيه ، وكل أسباب الطعن ، ومختلف حجج الطاعن والمطعون عليه ، وأن ترد استقلالا على كل قول أو حجة أثيرت عند نظر الطعن (١) . وإذا أيدت محكمة الإستئناف الحكم المطعون فيه فى شق منه ، وعدلته فى الشق الأخر ، فلا تجوز الإحالة فى التسبيب (على أسباب الحكم المطعون فيه) إلا بالنسبة للشق الذى أيدته محكمة الإستئناف (٢) .

ولاتجوز الإحالة على اسباب الحكم المطعون فيه إذا الغى الحكم المحال عليه كليا ، أو جزئيا . وقضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه وإن كان يجوز تسبيب الحكم بتبنى اسباب حكم آخر سبق صدوره بين الخصوم وقدم فى ملف الدعوى وذلك بالإحالة عليه ، إلا أن شرط ذلك الأ يكون هذا الحكم قد الغى ، وذلك أن الغاء الحكم بأى طريق يجرده من كل آثاره القانونية ، ويصبح شأنه شأن الأوراق العادية التى تقدم فى الدعوى (٣) .

ويشترط للإحالة على أسباب حكم آخر ، أن يكون الحكم المحال عليه قائما ، فإذا كانت محكمة الإستئناف قد أحالت على أسباب حكم صادر من محكمة الدرجة الأولى ، وكانت ذات محكمة الإستئناف قد ألغته من قبل ، فإنها تكون قد أحالت على معدوم مما يبطل حكمها (٤) .

---

(١) نقض ١٩٣٩/١٢/٧. مجموعة القواعد . جـ ٣ . ص ١٢.
(٢) ابو الوفا . الأحكام . ص ٢٨١.
(٣) ابو الوفا . الأحكام . ص ٢٨٥.
(٤) ابو الوفا . الأحكام . ص ٢٨٤.

ويجب أخيرا لكى تصح الإحالة على أسباب حكم آخر صدر فى دعوى أخرى أن يكون هذا الحكم قد سبق صدوره بين نفس الخصوم ، وأن يكون قد أودع ملف الدعوى . وأصبح بذلك ورقة من أوراقها يناضل الخصوم فى دلالتها (١) .

وفى هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية بأنه متى كان الحكم الإستئنافى وإن قضى بتعديل المبالغ المحكوم بها للمدعين من محكمة أول درجة ، إلا أنه لم يمس الإجراءات التى تتعلق بتقرير الخبير، وكان الحكم الإبتدائى قد عرض للدفع ببطلان عمل الخبير ورد عليه ، فإن مؤدى ذلك أن تعتبر أسبابه لهذا الدفع قائمة ، وكأن الحكم الإستئنافى قد قضى بتأييدها (٢) .

المطلب الرابع
الحكم بقبول الإستئناف شكلا ورفضه موضوعا وتأييد الحكم المستأنف

٢٧٠ - للمحكمة الإستئنافية إذا قبلت الإستئناف شكلا ورفضته موضوعا وحكمت بتأييد الحكم المطعون فيه أن تحيل إلى أسبابه ، بالكيفية السابق لنا بيانها فى المطلب السابق ، والحكم الصادر من محكمة الإستئناف فى هذه الحالة يكون حكما انتهائيا ، ويكون سندا تنفيذيا لمباشرة إجراءات التنفيذ بناء عليه . أما إذا أحال هذا الحكم الإستئنافى فى منطوقه أو فى أسبابه المكملة للمنطوق إلى حكم أول درجة ، ولم يبين فى

---

(١) ابو الوفا . الأحكام . ص ٢٨٥.

(٢) نقض مدنى ١٩٦٦/١٠/٢٥. مجموعة النقض . س ١٧. ص ١٥٦٤.

منطوقه ما الذى قضى به هذا الحكم الأخير ، فإنه يلزم الحكمان معا لتكوين السند التنفيذى ويجب أن يراعى ذلك عند اتخاذ مقدمات التنفيذ .

وحكم فى هذا الصدد بأنه إذا أيدت محكمة الطعن الحكم المطعون فيه ، وأقامت قضاؤها على ما أوردته هى من أسباب جديدة ، كما أخذت بأسباب الحكم الإبتدائى فيما لايتعارض مع اسبابه ، وتعتبر أسباب الحكم المطعون فيه فى هذه الحالة مكملة لأسباب الحكم الصادر فى الطعن فيما لاتعارض فيه بينهما (١) .

وحكم ايضا فى هذا الصدد أن الحكم الإستئنافى يعتبر مسببا تسبيبا كافيا إذا أخذ بأسباب الحكم المستأنف الذى أيدته محكمة الإستئناف ، وكانت هذه الأسباب كافية لحمله ، ولم يكن الخصوم قد استندوا أمامها إلى أوجه دفاع جديدة تخرج فى جوهرها عما قدموه إلى محكمة الدرجة الأولى ، بل إذا كان الحكم الإبتدائى قد بنى على سببين ، وكان السبب الباقى يستقيم به الحكم ، فهذا يكفى لصحته (٢) .

وحكم فى هذا الصدد أيضا بأنه إذا أيدت محكمة الإستئناف الحكم المطعون فيه بشقيه ، وجبت الإحالة على أسبابه بالنسبة الى الشقين معا وإذا فصلت فى طلب موضوعى جديد مما يجوز ابداؤه لأول مرة أمام محكمة الإستئناف ، وجب عليها تسبيب الحكم الصادر فيه (٣) .

ويلاحظ فى هذا الصدد أن تغيير سبب الطلب القضائى يؤدى إلى تقديم طلب جديد أمام محكمة الإستئناف بسببه حسبما يرى جمهور الفقه ، وإن كنا نرى أن الطلب فى هذه الحالة يعتبر جديدا بسببه وبموضوعه كما

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٢/٦/١٤. مجموعة النقض . س ١٣. ص ٨٠٨.

(٢) نقض مدنى ١٩٤٤/٢/١٠. مجموعة القواعد . جـ ٤ . ص ٢٥٧.

(٣) ابو الوفا . الأحكام . ص ٢٨٦.

سوف نرى فى الباب الثالث من هذا المؤلف ، وفى هذه الحالة تلتزم محكمة الإستئناف بتسبيب القضاء الصادر منها عند تغيير سبب الطلب [1].

وفي هذا الصدد أيضا قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا كان الحكم الإستئنافى قد قضى فى منطوقه بتأييد الحكمين المستأنفين الصادر احدهما برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة . وثانيهما فى موضوع الدعوى ، ومع ذلك اقتصر فى اسبابه على التحدث عن استئناف الحكم الصادر فى الموضوع دون الحكم الصادر فى الدفع فهذا منه قصور يبطله [2] .

وحكم فى هذا المعنى أيضا أن لمحكمة الإستئناف إذ تؤيد الحكم الإبتدائى أن تحيل على ماجاء فيه سواء فى بيان الوقائع أو فى الأسباب التى أقيم عليها متى كانت تكفى لحمله ولم يكن الخصوم قد استندوا أمام محكمة الإستئناف إلى اوجه دفاع جديدة تخرج فى جوهرها عما قدموه لمحكمة أول درجة [3] .

ويشترط البعض لصحة هذه الإحالة على أسباب الحكم الإبتدائى ألا تكون محكمة الإستئناف قد حكمت ببطلان هذا الحكم ، ويرى أن محكمة الإستئناف إذا رأت رغم قضائها ببطلان الحكم أنه عادل فى قضائه . وأرادت تأييده ، فليس لها أن تحيل إلى أسبابه بل عليها أن تصدر قضاء مستقلا عنه وإن كان مطابقا له ، وإلا فإن حكم المحكمة الإستئنافية يكون قد ايد حكما لاوجود له ويكون قد أحال على معدوم مما

---

(١) نبيل عمر . سبب الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف . ١٩٧٨. ص ١٥٠.

(٢) نقض مدنى ١٩٥٠/٣/١٣. مجموعة النقض . س ١ ص ٤٢٣.

(٣) نقض مدنى ١٩٦٨/٢/٢٨. مجموعة النقض . س ١٩ . ص ٣٩٠.

يبطله (١)

المطلب الخامس

قبول الإستئناف شكلا ، وفى الموضوع بإلغاء أو ببطلان الحكم المستأنف والفصل فى الطلبات الموضوعية

٢٧١ - سبق القول أن هناك حالات تقوم فيها محكمة الدرجة الثانية بقبول الطعن من الناحية الشكلية ، ثم تقوم بإلغاء أو بإبطال الحكم من الناحية الموضوعية ومع ذلك فمحكمة الإستئناف لاتتناول الموضوع ولا تفصل فيه ، وإنما تعيد القضية إلى محكمة أول درجة للفصل فى هذا الموضوع . وتبرير ذلك يكون عادة سهلا : ففى هذه الأحوال لاتكون محكمة أول درجة قد استنفذت ولايتها بصدد موضوع النزاع . ومثال ذلك إذا حدث طعن بالإستئناف فى حكم صادر قبل الفصل فى الموضوع ، بصفة عامة ، ثم قامت محكمة الإستئناف بإبطال أو بإلغاء الحكم المطعون فيه ، هنا لاتملك محكمة الإستئناف أن تتناول موضوع النزاع للفصل فيه ، لأن هذا الموضوع لم تتناوله محكمة أول درجة ، وبالتالى لم يصدر فيه حكم ، وبناء عليه لم تستنفذ بصدده ولايتها ، هنا ، وكما سبق القول ، لاتملك محكمة الإستئناف إلا إعادة النزاع إلى محكمة أول درجة . ومع ذلك فهناك حالات ، وهى التى تعنينا فى هذا المقام ، تقوم فيها محكمة الإستئناف بقبول الطعن شكلا ، وفى الموضوع تقوم هذه المحكمة بالغاء أو بإبطال الحكم المستأنف ، ثم تتناول موضوع النزاع

---

(١) فتحى والى . ص ٦١٧ .

- نقض مدنى ١٩٦٢/٢/٢٢. مجموعة النقض . س ١٣ . ص ٢٩١.

ذاته بالفصل (١) .

معنى ذلك ببساطة أن قضية اول درجة تنتهى تماما أمام محكمة الإستئناف . وشرط ذلك الوحيد هو أن تكون محكمة أول درجة قد استنفذت ولايتها بصدد موضوع النزاع ، وصدر منها حكم فى هذا الموضوع ، وطعن فى هذا الحكم ، فى مثل هذه الحالات إذا تم الغاء أو إبطال حكم أول درجة ، فإن محكمة الإستئناف تلتزم بتناول موضوع النزاع ، بالفصل فيه بحكم حائز لقوة الأمر المقضى به (٢) .

والأمر سهل حين نضرب أمثلة توضح الحالات التى تكون فيها محكمة أول درجة قد استنفذت ولايتها بصدد موضوع النزاع ، والفقه ثابت على أن الحكم الصادر فى الموضوع يقصد به ، بصدد النزاع أمام اول درجة ، الحكم الصادر فى النزاع الموضوعى برمته ، أو فى جزء منه ، أو فى مسألة متفرعة عنه . وتطبيقا لذلك فقد حكم بأنه يعتبر تعرضا للموضوع تستنفذ به محكمة أول درجة ولايتها الحكم مثلا بسقوط الحق فى الشفعة (٣) .

والحكم فى الدفع بالتقادم (٤) . والحكم فى الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة وذلك أمام أول درجة (٥) .

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٧/٣/٥. طعن رقم ٢. س ٤٤ ق .
- نقض مدنى ١٩٧٧/٢/٢. طعن رقم ٣٢٥ . س ٤٠ ق .
- نقض مدنى ١٩٧٧/٢/٢٣. طعن رقم ٣٤٨. س ٤٣ق .
- نقض مدنى ١٩٧٧/٣/١٦.

(٢) نبيل عمر . دراسات فى فلسفة قانون المرافعات . ص ١٤٧ وما بعدها .
(٣) نقض مدنى ١٩٦٥/١٢/٣٠. مجموعة النقض . س ١٦. ص ١٣٨٤.
(٤) نقض مدنى ١٩٦٣/٣/٢٠. مجموعة النقض . س ١٤. ص ٣٢٠.
(٥) نقض مدنى ١٩٧٠/١/٧ . مجموعة النقض . س ٢١. ص ١٨.

ويشترط فى مثل هذه الأحوال ، وحتى تستطيع محكمة الإستئناف أن تتناول موضوع النزاع بالفصل فيه ، الا يكون الحكم المستأنف قد شابه عيب ممتد إلى صحيفة افتتاح الدعوى ، إذ متى كانت هذه الصحيفة باطلة لعدم اعلانها فإن الخصومة لاتنعقد ، وبالتالى فكل إجراء يبنى على هذه الصحيفة يكون باطلا .

فى مثل هذه الأحوال إذا قامت محكمة الإستئناف بإبطال حكم محكمة أول درجة المطعون فيه ، فإنها يجب أن تقف عند حد البطلان ، أى تكتفى فقط بتقرير بطلان حكم أول درجة ، ولايكون لها فى هذه الحالة أن تتناول الموضوع ، وسنفصل ذلك فيما يلى من بعد .

ومن قضاء محكمة النقض فى مثل هذه الحالة ، أن محكمة الإستئناف إذا استمرت بعد إبطال الحكم فى مثل هذه الحالة ، ونظرت الموضوع ، فإن قضاءها يكون واردا على غير خصومة ، ويكون بالتالى باطلا (١) .

وبناء على كل ذلك فإذا كانت محكمة أول درجة قد استنفذت ولايتها فى نظر الموضوع ، فإن محكمة الإستئناف إذا تبين لها بطلان الحكم ، لاتقف عند حد تقريره بل عليها أن تفصل فى الموضوع بحكم جديد تراعى فيه الإجراءات الصحيحة (٢) . وإبطال حكم أول درجة المطعون فيه بالإستئناف لعدم تسبيبه لايسوغ إعادة النزاع إلى محكمة أول درجة . فهى قد استنفذت ولايتها بصدد هذا النزاع ، وبالتالى يتعين على محكمة الإستئناف أن تفصل فى الدعوى من جديد (٣) .

---

(١) عبدالمنعم حسنى . ص ٤٨٩.

(٢) عبدالمنعم حسنى . ص ٤٨٩.

(٣) عبدالمنعم حسنى . والمراجع المشار اليها . ص ٤٨٩.

وبإبطال أو الغاء حكم محكمة أول درجة ينمحى هذا الحكم هو وكل ماترتب عليه [1] .

وحقيقة الأمر فإن محكمة الإستئناف فى مصر إذ تتناول موضوع النزاع للفصل فيه ، بعد الحكم بإبطال أو الغاء حكم أول درجة ، على التفصيل السابق بيانه ، فإنها تعمل ما للإستئناف من أثر ناقل ، هذا الأثر الناقل يلزم المحكمة الإستئنافية بالفصل فى الموضوع ، ولاجدال يثور فى القانون الحالى (قانون المرافعات لسنة ١٩٦٨) بصدد هذا الموضوع ، فالإستئناف له اثر ناقل ، وليس له أن يمنح محكمة الإستئناف فى مصر الحق فى التصدى .

هاتين الأداتين الفنيتين من أدوات النظام القانونى للطعن بالإستئناف أثارا جدلا واسعا فى الفقه الفرنسى . مناط هذا الجدل كان ينصب حول تحديد الأداة التى تستخدمها محكمة الإستئناف عندما تحكم بإبطال حكم أول درجة . هل هى الأثر الناقل للإستئناف . أم الحق فى التصدى.

كل هذا سبق لنا معالجته فى الفقه الفرنسى الذى تملك فيه محكمة الإستئناف اعمال هاتين الوسيلتين معا ، عالجنا ذلك بمناسبة تحليل المركز القانونى المتخلف عن إبطال حكم أول درجة أمام محكمة الإستئناف . ولانعود لذلك مرة ثانية .

إنما الذى يعنينا هنا ، وفى نطاق القانون المصرى ، أن نركز على أن محكمة الإستئناف ليس لها الحق فى التصدى ، وبالتالى فهى إذا أبطلت حكم أول درجة فإنها لاتملك نظر الموضوع للفصل فيه ، إلا إذا

---

(١) العشماوى . ص ٩١٠.

كانت محكمة أول درجة قد استنفذت ولايتها بصدده . فإذا لم تكن محكمة أول درجة قد استنفذت ولايتها بصدد الموضوع ، كما سبق البيان ، فمحكمة الإستئناف لاتملك الفصل فيه وغلا كان ذلك من قبيل التصدى الذى ألغاه القانون المصرى [1] . ويلاحظ فى هذا الصدد أن نظام التصدى بما يمنحه لمحكمة الإستئناف من رخصة تناول موضوع لم تفصل فيه محكمة أول درجة والفصل فيه من محكمة الإستئناف ، هذا النظام لايجوز أن يوجد باتفاق الخصوم لتعلق ذلك بالنظام العام [2] . وعلى ذلك فإذا قضت محكمة الدرجة الأولى ، مثلا ، بعدم اختصاصها بنظر الدعوى ، ثم ألغى ، أو أبطل هذا الحكم أمام محكمة الإستئناف ، فإن من الواجب ، فى هذه الحالة ، أن تعود القضية الى محكمة الدرجة الأولى لتستنفذ ولايتها بصددها .

ويرى البعض أن الوضع يختلف عندما يفصل القاضى المستعجل فى النزاع المطروح عليه ويحكم بعدم اختصاصه (النوعى) فاستئناف هذا الحكم ينقل إلى المحكمة الإستئنافية الدعوى امستعجلة بكافة عناصرها، وهما : الإستعجال وأن المطلوب هو إجراء وقتى لايمس اصل الحق ، ولازم ذلك أن يكون موضوع الدعوى المستعجلة بركنيها مطروحا حتما على محكمة الدرجة الثانية لتفصل فيه . والذى يهمنا هنا هو إبراز مسألة أننا لانكون إزاء حالة من حالات التصدى ، بل أن اركان الدعوى المستعجلة تطرح على محكمة الإستئناف بما للإستئناف من اثر ناقل للنزاع [3] .

---

(١) نقض مدنى ١٩٥٢/٥/٢٢ . مجموعة القواعد جـ ١. ص ٢٠٤.

(٢) العشماوى . ص ٩١٠.

(٣) نقض مدنى ١٩٥٥/١/٢٠. مجموعة النقض . س ٦ . ص ٥١٥.

والخلاصة إذاً أن محكمة الإستئناف فى القانون المصرى ليس لها أن تتصدى لنظر موضوع لم يبحث من محكمة أول درجة . وإلا خالفت مبدأ التقاضى على درجتين . وهذه المسألة تعتبر متعلقة بالنظام العام .

ويعتبر حكم المحكمة الإستئنافية الذى يتصدى لنظر دعوى لم تنظر أمام أول درجة باطلا لفصله فى مسألة لاتدخل فى اختصاص محكمة الدرجة الثانية ، ولايزيل هذا البطلان عدم تمسك الخصم ذى المصلحة بإعادة القضية إلى محكمة أول درجة ، كما لايزيله ، كما سبق القول ، اتفاق الخصوم على خلافه (1) .

وبهذا ننتهى من استعراض الأحوال المختلفة التى يتصور أن يكون عليها الحكم الصادر من محكمة الإستئناف ، وننتقل الآن إلى دراسة آخر مسألة فى هذا الباب وهى مسألة تصحيح وتفسير الحكم الصادر من محكمة الإستئناف ، ونفرد لذلك المطلب التالى :

المطلب السادس

تصحيح وتفسير الحكم الصادر من محكمة الإستئناف

٢٧٢ - تعالج المادة ١٩١ من قانون المرافعات المصرى مسألة تصحيح الحكم ، كما تنظم المادة ١٩٢ مسألة تفسير الحكم ، هذه المواد تطبق أمام جميع المحاكم .

نعالج فيما يلى هذه المسألة فى مرحلتين :

أولا : تصحيح الحكم الصادر من محكمة الإستئناف (2).

---

(١) فتحى والى . ص ٦١٨.

(٢) == H. DUPRE : De la rectification des décisions judiciaires en

إذا كان الأصل أن القاضى بمجرد إصدار حكمه فإنه يستنفذ ولايته بالنسبة للمسألة التى فصل فيها ، بحيث يقال أن القاضى بمجرد نطقه بالحكم يكف عن أن يكون قاضيا بالنسبة لهذه المسألة .

وإذا كان الأصل ايضا أنه إذا حدث خطأ ايا كان نوعه ، فإن الطريق الطبيعى لعلاج هذا الخطأ هو الطعن فيه بطريق الطعن المناسب .

إلا أن المشرع اقتصادا منه فى الإجراءات قرر الأخذ بنظام تصحيح الأحكام La réctification des jugements . وتصحيح الحكم القضائى يقتصر على الحالات التى توجد فيها أخطاء مادية فى الحكم محل الإعتبار .

ويرى البعض أن التصحيح يختلف عن الطعن فى الحكم فى أن الأول لايتطلب تقديرا جديدا لعناصر النزاع ، بينما الطعن يتضمن ذلك [١]

وتصحيح الحكم ينصب على إزالة مابه من أخطاء مادية أو حسابية ، سواء وردت هذه الأخطاء فى المنطوق أو فى الأسباب المكملة لهذا المنطوق [٢] . ويشترط فى الخطأ المراد تصحيحه أن يكون قد اثر فى الحكم [٣] .

والخطأ فى تقدير الوقائع أو إرساء القاعدة القانونية عليها أو تفسيرها لايعتبر خطأ مادى يتطلب التصحيح ، بل أنه خطأ إما فى التقدير أو فى اعمال القانون ، وبالتالى يتطلب تقديرا جديدا ، ولا يتم ذلك إلا

= dehors des voiés de recours, thèse, Toulouse 1941. p. 10 et s.

(١) فتحى والى . ص ٥٥٠.

(٢) استئناف مختلط ١٩٣٥/٤/٩. مجلة التشريع والقضاء . س ٤٧. ص ٢٢٩.

(٣) نقض مدنى ١٩٧٢/٤/١٩. مجموعة النقض . س ٢٣. ص ٧٢٤.

بالطعن فى الحكم بالطريق المناسب [1] .

ويلاحظ هنا أن التصحيح الذى نقصده فى هذا المجال هو تصحيح الحكم الصادر من محكمة الإستئناف فى الطعن المرفوع اليها . ويكون ذلك من اختصاص محكمة الإستئناف . أما إذا كان التصحيح مقصودا به مواجهة أخطاء واردة فى الحكم الإبتدائى المطعون فيه بالإستئناف ، فإنه بمجرد الطعن بهذا الطريق يثبت الإختصاص بالتصحيح للمحكمة الإستئنافية [2] .

ويجب أن يكون تصحيح الحكم من واقع العناصر الثابتة فيه [3] .

ولايمنع من تصحيح الحكم أن يكون قابلا للطعن فيه بأى طريق ، كما لايمنع من التصحيح سبق قيام المحكمة بتفسير حكمها وفقا للمادة ١٩٢. ومن جهة أخرى فإن إمكانية تصحيح الحكم أو تصحيحه بالفعل لايمنع من الطعن فيه بالطريق الذى يقبله .

وتصحيح الحكم لإزالة مابه من خطأ مادى تقوم به المحكمة سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم . وقيام المحكمة من تلقاء نفسها بالتصحيح أمر مقرر فى مصر وفى القانون الفرنسى حيث تنص المادة ٢/٤٦٢ من قانون المرافعات الفرنسى على ذلك ، بشرط أن يتم التصحيح من العناصر التى يحتويها دوسيه القضية [4] .

وطلب التصحيح لايشترط فيه أى شكل خاص ، كذا لايشترط اعلانه إلى الخصم الآخر . هذا الطلب يقدم إلى نفس المحكمة التى

---

(١) نقض مدنى ١٩٥٥/١٠/٢٧. القضية رقم ٢٠٩ س ٢٢ ق .
(٢) أبو الوفا . التعليق . ص ٥٨٦.
(٣) أبو الوفا. ص ٥٨٧.
(٤) فانسان . ص ١٠٨.

اصدرت الحكم ، ولايشترط أن ينظر طلب التصحيح نفس القضاة الذين اصدروا الحكم . والإختصاص بالتصحيح على هذا النحو يتعلق بالنظام العام. ولايوجد أى ميعاد لتقديم طلب التصحيح طالما الحكم قائم لم يلغ .

والواقع أن طلب التصحيح بالنسبة للحكم الصادر من محكمة الإستئناف يمكن تقديمه لهذه المحكمة فى أى وقت ، مع ملاحظة أنه لايجوز تقديم طلب التصحيح هذا أمام محكمة النقض لأن هذه مسألة واقع مما لايجوز طرحه على هذه المحكمة . وعلى ذلك فإذا طعن بالنقض فى الحكم الصادر من محكمة الإستئناف فمن الجائز بعد الطعن تقديم طلب التصحيح إلى محكمة الإستئناف وإفادة قلم كتاب محكمة النقض بما تم من تصحيح (١) .

وينظر طلب التصحيح فى غرفة المشورة بغير مرافعة ، ولايشترط سماع أقوال النيابة ولو كانت قد تدخلت فى الخصومة . وتقتصر سلطة المحكمة على تصحيح الأخطاء المادية المطلوب تصحيحها، ولايجوز لها أن تتخذ من التصحيح وسيلة لتعديل أو للرجوع عن الحكم الصادر منها . واحتياطا لهذا أجاز القانون الطعن فى القرار الصادر بالتصحيح إذا تجاوزت المحكمة هذه الحدود ، والطعن فى قرار التصحيح يكون بكافة طرق الطعن الجائزة فى الحكم موضوع التصحيح (م ١٩١/٢) (٢) .

أما القرار الصادر برفض التصحيح فلا يجوز الطعن فيه على استقلال وإنما تكون وسيلة التظلم منه هى الطعن فى الحكم ذاته إذا كان

---

(١) وذلك على اساس قيام الحكم رغم الطعن فيه بالنقض ، وعلى اعتبار أن الطعن بالنقض لاينقل الخصومة إلى محكمة النقض على ماهو الحال بالنسبة للإستئناف.

(٢) نقض مدنى ١٩٥٢/١١/٢٧. المحاماة . س ٣٤. ص ١٠٥٧.

قابلا له [1].

وإذا صدر قرار بالتصحيح قام كاتب المحكمة بإجراء التصحيح على نسخة الحكم الأصلية ويقوم رئيس الجلسة وكاتبها بالتوقيع عليه .

والحكم الصادر بالتصحيح تكون له طبيعة الحكم الأصلى [2] .

وإذا صدر حكم من محكمة الإستئناف ، وكان مشوبا بخطأ مادى، ولم يطلب التصحيح من محكمة الإستئناف ، هنا لايجوز الإستناد على هذا الخطأ المادى لتأسيس طعن بالنقض فى هذا الحكم [3] . ومن جهة أخرى فإذا كنا قد ذكرنا أن الحكم الصادر بالتصحيح يكون قابلا للطعن فيه بطرق الطعن القابل له الحكم الذى تم تصحيحه ، فإننا نذكر بأنه إذا فات ميعاد الطعن بالنقض في هذه الحالة ، فلا يجوز الطعن فى الحكم الصادر بالتصحيح الذى ينقلب إلى حكم بات [4] .

ثانيا : تفسير الحكم الصادر من محكمة الإستئناف .

تنص المادة ١٩٢ من قانون المرافعات على أنه : " يجوز للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة التى اصدرت الحكم تفسير ماوقع فى منطوقه من غموض أو إبهام ويقدم الطلب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى . ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمما من كل الوجوه للحكم الذى يفسره ، ويسرى عليه مايسرى على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية " .

نحن هنا فى مجال تفسير الحكم الصادر من محكمة الإستئناف .

---

(١) نقض مدنى ١٩٥٤/١٢/٢. القضية رقم ١٦٢ س ٢١ق .
(٢) أبو الوفا . التعليق . ص ٥٨٧.
(٣) فتحى والى . ص ٥٥١.
(٤) فانسان . ص ١٠٨ .

وعلى ذلك فالمحكمة المختصة بطلب التفسير هى ذات المحكمة الإستئنافية التى أصدرت الحكم المراد تفسيره ، وهذا الإختصاص يتعلق بالنظام العام من كافة الوجوه ، وعلى المحكمة أن تلتزم بقواعد الإختصاص هذه من تلقاء نفسها .

وتفسير الحكم هو إزالة مابه من غموض أو لبس . وبمعنى آخر فإن تفسير الحكم هو تحديد مايتضمنه الحكم من تقدير قانونى أو واقعى (١) ويتعين أن يكون هذا التفسير مستمدا من ذات العناصر الموضوعية التى تكون الحكم ذاته .

ويرى البعض أنه يشترط لقبول طلب التفسير أن يكون الحكم المطلوب تفسيره حكما قطعيا ، ومع ذلك فنحن لانرى مانعا من طلب تفسير أى حكم تصدره المحكمة نظرا لعموم وشمول نص المادة ١٩٢ من قانون المرافعات (٢) .

والأحكام جميعا بناء على نص المادة ١٩٢ يجوز طلب تفسيرها . وعلى ذلك فالأحكام الوقتية بما أن حجية الشئ المقضى به تغطى هذه الأحكام وبما أنها قابلة للتنفيذ الجبرى ، فإنه لايوجد مايمنع من طلب تفسيرها .

والغموض أو الإبهام الذى يبرر طلب التفسير قد يقع فى منطوق الحكم أو فى الأسباب التى يقوم عليها هذا المنطوق ، وقبول الحكم لايمنع من تقديم طلب تفسيره ويترك الأمر لتقدير المحكمة .

وليس هناك أى ميعاد لتقديم طلب التفسير ، ولايجب أن يقوم بالتفسير نفس القضاة الذين اصدروا الحكم المطلوب تفسيره ، ويقدم طلب

---

(١) فتحى والى . ص ٥٥٢.

(٢) ابو الوفا . ص ٥٨٨ .

التفسير من أى خصم صاحب مصلحة فى التوصل إلى التفسير السليم لهذا الحكم .

وتقتصر خصومة التفسير على هذه المسألة ، فلا يصح المجادلة فى مسألة قانونية حسمها الحكم أو التمسك بدفوع لاعلاقة لها بتفسيره .

وإذا لم تكفى عناصر الحكم لتفسيره فيجوز الرجوع الى عناصر أخرى فى القضية كالطلبات والأوراق المقدمة فى الخصومة [١] .

ويعتبر الحكم الذى يصدر بالتفسير مكملا للحكم الذى فسره ، ويخضع للطعن فيه بطرق الطعن الجائزة فى الحكم الأصلى .

ويلاحظ أنه إذا ايدت محكمة الدرجة الثانية حكم محكمة الدرجة الأولى دون أن يدلى أمامها بطلب التفسير ، أو التصحيح ، فليس ثمة مايمنع من العودة إلى محكمة الدرجة الثانية وطلب التفسير أو التصحيح لأن المشرع لم يحدد ميعادا محددا يجب تقديم هذا الطلب فيه . وطلب تفسير الحكم أو تصحيحه لايصح اعتباره قبولا للحكم مانعا من الطعن فيه [٢] . ولاتملك المحكمة عند تفسير حكمها تعديل قضائها أو الرجوع عنه أو الإضافة اليه .

وقد يحتج أمام محكمة ما بحكم صادر من محكمة اخرى ، وفى هذه الحالة على المحكمة أن تفسر الحكم وتأخذ بما تراه مقصودا منه بشرط أن تبين فى اسباب حكمها الإعتبارات المؤدية إلى وجهة نظرها . وهنا لايتعلق الأمر بتفسير حكم بالمعنى المقصود فى المادة ١٩٢ من قانون المرافعات ، والواقع أن الشأن فى هذه الحالة شأن تفسير سائر

---

(١) فتحى والى . ص ٥٥٣.

(٢) ابو الوفا . ص ٥٩٠.

المستندات والعقود والأوراق التى تقدم اليها [1] .

وفى الأحوال التى قد يرى فيها الخصم الإلتجاء إلى المحكمة التى أصدرت الحكم لطلب تفسيره ، فى مثل هذه الحالة للمحكمة التى تنظر الدعوى الأصلية والتى يقدم فيها هذا الحكم المطلوب تفسيره كمستند ، إن رأت أن الحكم فى هذه الدعوى يتوقف على التفسير الذى سوف يعطى لهذا الحكم ، أن توقف نظر الدعوى الأصلية عملا بالمادة ١٢٩ من قانون المرافعات .

والحكم الصادر فى التفسير يعتبر جزءا متمما للحكم الذى يفسره.

وبهذا ننتهى من هذا الباب الثانى الذى كان مخصصا لمعالجة إجراءات الطعن بالإستئناف .

وننتقل الآن إلى دراسة الباب الثالث المكرس لدراسة آثار الطعن بالإستئناف ، فإلى معالجة ذلك .

---

(١) أبو الوفا . ص ٥٩١.

الباب الثالث
فى آثار الطعن بالإستئناف

٢٧٣ – للطعن بالإستئناف مجموعة من الآثار الهامة . هذه الآثار تتعلق بما يولده الطعن ذاته من نتائج ومتغيرات فى القضية السابق حسمها بالحكم المطعون فيه . حين نعالج هذه الآثار فيجب أن يكون واضحا فى الأذهان أننا نستبعد الآثار اللصيقة بالحكم الصادر من محكمة الإستئناف فى الطعن المرفوع اليها . سبب استبعاد آثار الحكم الإستئنافى يرجع إلى أن دراسة هذه الآثار تتصل بالنظرية العامة للحكم القضائى وهى لاتختلف عن الآثار التى يولدها حكم أول درجة إلا فى بعض الجزئيات الراجعة إلى صدور الحكم الإستئنافى من محكمة ثانى درجة . دراسة آثار الطعن بالإستئناف تتعلق إذاً بتناول مجموعة المتغيرات التى يحدثها الطعن بالإستئناف ، ونتيجة له ، فى قضية أول درجة ، وذلك أمام مستوى قضائى جديد ، هو مستوى محكمة الإستئناف .

تناول هذه الآثار بالدراسة يعكس فى صحيح النظر الفلسفة التى تهيمن على نظام الطعن بالإستئناف ، فعلى ضوء السياسة التشريعية التى يعتنقها مشرع ما ، فى زمان ما ، وفى مكان ما ، يمكن النظر إلى الآثار المتولدة عن الطعن بالإستئناف . ويقصد بالفلسفة التى تهيمن على نظام الطعن ، الغاية أو الهدف الذى يحدده المشرع لهذا النظام ويرمى بتنظيمه إلى تحقيقها . فالغاية أو الهدف من نظام ما ، تنعكس بالضرورة على تنظيمه الفنى . هذا الإنعكاس يرتد حتما ويؤثر تأثيرا جذريا على الآثار التى يولدها هذا النظام .

ومثال ذلك ، على سبيل التبسيط ، فإن الغاية أو الهدف من نظام الطعن بالإستئناف ، كانت إلى وقت قريب ، هى مجرد اصلاح قضاء لم يرضى به الخصوم صادرا من قاضى أول درجة ، مجرد اصلاح Réformation هذا القضاء . لهذا كان النظام القانونى والفنى للطعن بالإستئناف منظم على أساس تحقيق هذا الهدف . وبالتالى كانت آثار الطعن بالإستئناف معروفة ومحددة بالضبط " على مقاس " هذا الهدف . فكان للإستئناف أثر ناقل ، وأثر موقف للتنفيذ . ولكن الزمن تغير والحياة أيضا تغيرت واصبح يحكم الزمن والحياة مبدأ الإقتصاد فى الإجراءات وزيادة فعالية الأدوات الفنية فى النظام القانونى للطعن بالإستئناف .

هذا التغيير وهذا الإقتصاد فى الإجراءات اثر فى السياسة التشريعية فى فرنسا ابتداء من سنة ١٩٧٢ حتى تم تقنين هذه المتغيرات بالقانون الصادر سنة ١٩٧٦. مؤدى هذه المتغيرات هو أنه أصبح ينظر إلى الطعن بالإستئناف على اساس أنه ليس فقط طريق طعن يرمى إلى اصلاح قضاء سئ صادر من أول درجة ، بل أيضا أن نظام الطعن بالإستئناف هو طريق طعن يرمى أو يهدف إلى انهاء النزاع تماما ومرة واحدة وأمام محكمة ثانى درجة ودون حاجة للعودة مرة ثانية الى قضاء أول درجة . لهذا أصبح نظام الطغن بالإستئناف هو طريق اتمام النزاع بحله نهائيا . هذا الهدف الجديد اقتضى تعديل مقابل وموازى له فى المبادئ العامة التى كانت تسيطر على النظام القانونى للطعن بالإستئناف .

هذا التعديل فى المبادئ العامة اقتضى بالضرورة المنطقية تعديل موازى ايضا فى الأدوات الفنية التى تحقق أهداف النظام القانونى للطعن بالإستئناف .

تعديل هذه الأدوات كان حتميا لأن الأدوات الفنية القديمة لنظام الطعن بالإستئناف كانت تستجيب الى هدف أصبح الآن ثانويا . فالإستئناف كان يرمى إلى إبطال أو إلغاء أو اصلاح قضاء أول درجة ، أما الآن فالإستئناف كنظام قانونى يرمى إلى انهاء النزاع السابق حسمه بحكم صادر من محكمة أول درجة ، ويقصد بإنهاء النزاع تماما أمام محكمة الإستئناف تخويل الأطراف والقاضى سلطة طرح كل عناصر النزاع حتى ولو لم يسبق طرحها على أول درجة ، تطرح هذه العناصر ولو لأول مرة أمام محكمة الإستئناف لتساعد فى إنهاء النزاع تماما فى مرحلة الإستئناف ودون حاجة للرجوع أمام محكمة أول درجة . هذا الهدف الجديد أدى إلى " تخليق Création " أدوات فنية جديدة اثرت على النظام وعلى مبادئ هذا النظام التقليدية .

كل هذا سندرسه تحت منظور جديد . آملين من هذه الدراسة لفت نظر المشرع المصرى إلى أن الوقت قد حان للإستجابة إلى نداء العصر ، وإلى الخروج من المبادئ العامة التى تحكم نظام الإستئناف فى مصر ، وهى مبادئ القانون الفرنسى القديم الذى كان سائدا قبل الثورة الفرنسية . على المشرع المصرى أن يدرك الآن أن هذه المبادئ اصبحت تعيش فى واقع لم تخلق له ولم يخلق لها . بحيث أن صوت هذه المبادئ أصبح شاذا فى أواخر القرن العشرين ، فهذه المبادئ ، كما سوف نرى من بعد ، تذكرنا بصوت المحارب الرومانى حامل السيف وصاحب صرخة الحرب حين يأتى فى عصرنا هذا ويستعمل نفس هذه الأدوات ، دون أن يدرك أن العصر ليس هو عصر السيف ولا عصر الصراخ .

دراستنا لآثار الطعن بالإستئناف تقع فى فصول أربع :

الفصل الأول : ونعرض فيه لبعض المبادئ العامة التى تسيطر على نظام الطعن بالإستئناف .

الفصل الثانى : ونعالج فيه قاعدة تحريم ابداء الطلبات الجديدة لأول مرة أمام محكمة الإستئناف لنرى جدوى هذه القاعدة الآن .

الفصل الثالث : ونعالج فيه نظام تصدى محكمة الإستئناف لنظر موضوع النزاع فى القانون الفرنسى .

الفصل الرابع : أثر الطعن بالإستئناف فى قابلية الحكم المطعون فيه للتنفيذ الجبرى .

وننتقل الآن إلى معالجة كل هذه المسائل بالتفصيل اللازم .

الفصل الأول

دراسة لبعض المبادئ العامة التى تسيطر على نظام الطعن بالإستئناف وتقدير هذه المبادئ

٢٧٤ - ندرس فيما يلى مجموعة من المبادئ العامة التى تسيطر على النظام القانونى للطعن بالإستئناف . نحلل هذه المبادئ على ضوء المناخ العام الذى ظهرت وعملت فيه . ثم نستعرض المتغيرات التى حدثت داخل نظام الطعن بالإستئناف وأثرها على هذه المبادئ . ثم بعد ذلك نتناول بالتقييم جدوى هذه المبادئ ، ونحاول البحث عن مبادئ جديدة تستجيب أكثر إلى روح النظام الجديد للطعن بالإستئناف . هذه الدراسة توجه فى المقام الأول إلى المشرع وسياسته التشريعية .

نعالج هذه المبادئ فى المباحث التالية :

المبحث الأول : مبدأ التقاضى على درجتين .

المبحث الثانى : مبدأ ثبات النزاع .

المبحث الثالث : مبدأ سيادة الخصوم .

المبحث الرابع : مبدأ احترام حقوق الدفاع والمجابهة بين الخصوم .

وننتقل الآن لمعالجة هذه المسائل بالتفصيل .

المبحث الأول

مبدأ التقاضى على درجتين

La rêgle du double degré de juridiction

٢٧٥ – مبدأ التقاضى على درجتيين معناه البسيط هو كفالة نظر النزاع الواحد بكافة عناصره أمام محكمتين على التوالى . بمعنى أن الشخص الذى يتضرر من حكم قضائى صادرا فى نزاع متعلق به يستطيع أن يعيد طرح ذات هذا النزاع مرة ثانية أمام محكمة أخرى أعلى درجة من المحكمة الأولى لكى تعيد النظر فيما حكم فيه لتحقيق العدالة النسبية السابق لنا الإشارة اليها فى مقدمة هذا المؤلف .

ولكى نفهم قاعدة التقاضى على درجتين تماما ، فإننا نرى أنه من اللازم استعراض تاريخ هذه القاعدة فى القانون الفرنسى ، فالصلة الوثيقة بين قانون المرافعات المصرى والفرنسى لاتخفى على أحد [(١)].

فى ظل القانون الفرنسى القديم ، السابق على قيام الثورة الفرنسية، كان نظام الطعن بالإستئناف معتبرا كأداة سياسية مخصصة للملك لكى يؤكد بها سلطاته السيادية فى مواجهة قضاة المقاطعات والقضاء الكنسى . وكان يقال عن سلطات الملك فى إعادة النظر فى الأحكام الصادرة عن هذه الجهات : أن كل قضاء يصدر عن الملك . وكان

---

(١) Morel : Traité élémentaire de procédure civile. 2em. éd. 1949. p. 98 et s.

SOLUS et PERROT: Droit judiciaire privé. Tome I. 1961. p. 492 et s.

VINCENT: procédure civile. 18 ème. éd. 1976. p. 382.

CORNU et FOYER: Procédure civile. Thémis. 1958.

– ابراهيم سعد . القانون القضائى الخاص . ص ٤٠١ وما بعدها .

مقتضى هذا المبدأ أن كل حكم يصدر من أى جهة ويراد التظلم منه فإن هذا التظلم لابد أن يرفع إلى الملك (١) .

والواقع أن سلطة الإقطاعيين فى إصدار الأحكام كانت مطلقة بلا معقب عليها من أحد . ولكن فى مرحلة أخرى فقدت هذه السلطة هذا الإستقلال وذلك حين سمح باستئناف أحكامها أمام الملك . والإستئناف كان من المتصور تكراره بمعنى أنه فى نطاق المقاطعة ، وبما للإقطاعى من سلطة إصدار الأحكام ، فإنه كان يوجد نظام يسمح بالإستئناف داخل التدرج القضائى الذى كان يوجد فى ذات المقاطعة . وبعد ذلك كان من الممكن الطعن فى الأحكام التى تصدر من آخر محاكم المقاطعة أمام محكمة الملك .

وهذا النظام كان يرتكز على الفكرة الأساسية التى يقوم عليها نظام الإستئناف فى هذه العصور القديمة فى فرنسا ، حيث كان يرتكز على فكرة التدرج hierarchie . وفكرة التدرج هذه كان ينظر اليها على مستويين : المستوى الأول تدرج داخل المقاطعات hiérarchie féodale ثم بعد ذلك تدرج بين قضاء المقاطعات وقضاء الملك hierarchie des juridictions seigneuriales et des juridictions royales (٢) .

وبقيام الثورة الفرنسية ، فإن الجمعية الوطنية الفرنسية أدانت هذا النظام للإستئناف المتكرر ، وأدانت فكرة التدرج التى يقوم عليها (٣).

ولم يصبح الإستئناف جائزا إلا مرة واحدة ضد الحكم الصادر من محاكم أول درجة ، وأصبحت الفكرة التى يقوم عليها الإستئناف ضمان

---

(١) ESMEIN : Histoire du droit. 11 èm éd. p. 478.

(٢) MOREL : op. cit. p. 99.

(٣) BRISSAUD. Histoire générale du droit Français. p.678 et s.

حسن سير العدالة Une garantie de bonne justice . ومن هنا ظهرت فكرة التقاضى على درجتين double degré de juridiction .

وفكرة ضمان حسن سير العدالة التى يتأسس عليها نظام الطعن بالإستئناف ترمى إلى غايتين أو هدفين الأول هدف علاجى والثانى هدف وقائى . وفيما يتعلق بالعلاج فإن أحكام المحاكم شأنها شأن كافة الأعمال التى تصدر عن البشر تكون معرضة للغلط أو الخطأ أو القصور أو عدم العدالة ففى إتاحة الطعن فيها بالإستئناف لهو ضمان لتصحيح هذه الأوجه من القصور ولو تصحيحا نسبيا (١) .

أما فيما يتعلق بالهدف الوقائى لنظام الإستئناف ، فإن علم القاضى بأن حكمه سيكون معرضا للطعن فيه بالإستئناف ، فإن هذا يحث القاضى على بذل المزيد من الجهد نحو الوصول إلى العدالة النسبية فى الحكم الذى يصدره .

وإذا كانت قاعدة التقاضى على درجتين قائمة وموجودة حتى الآن فى القانونين المصرى والفرنسى ، فإن هناك العديد من أوجه النقد قد وجهت اليها . فقد قيل أنه ربما يكون الحكم الصادر من محكمة الإستئناف أكثر ظلما من حكم أول درجة . وهذا الإنتقاد جائز من الناحية المنطقية ، ولكنه نادر وممكن علاجه عن طريق الطعن بالإلتماس أو بالنقض .

وقيل أيضا بما أن حكم محكمة الإستئناف يحتمل أن يكون اكثر عدالة من حكم أول درجة ، فلماذا لايطرح النزاع مباشرة على محكمة الإستئناف ، فى هذه الحالة نكون قد ضمنا حكما عادلا ، واقتصدنا فى الإجراءات والنفقات . ورد على ذلك بأن القضية حين تطرح على أول

---

(١) SOLUS et PERRAT. p. 493.

درجة فإن العمل الذى يتم أمام هذه الدرجة يكون عظيم الفائدة أمام محكمة الإستئناف . فالقضية تكون قد بحثت وتم جلائها أمام محكمة أول درجة ، ولذلك فاحتمال صدور الحكم العادل من قضاة أكثر عددا وأكثر خبرة يكون احتمالا قويا .

والإستئناف يرفع فى فرنسا إلى محاكم الإستئناف ، فالحل المعمول به فى مصر من توزيع الطعن بالإستئناف بين المحاكم الإبتدائية بهيئة استئنافية ، وبين محاكم الإستئناف العليا لايوجد فى فرنسا بعد التعديل الذى تم هناك بالقانون الصادر فى ١٩٥٨/١٢/٢٢ (١) .

وبناء على ذلك فإن محاكم الإستئناف فى فرنسا لها مايسمى بالقضاء الكامل : la plénitude de juridiction ويقصد بالقضاء الكامل هنا معنى مغايرا للمعنى المقصود فى القانون الإدارى . ومبدأ القضاء الكامل لمحاكم الإستئناف شيده القضاء واعتمده المشرع الفرنسى سنة ١٩٥٨. ويقصد بهذا المبدأ أن محكمة الإستئناف حين يرفع اليها طعنا فى حكم صادر من محكمة أول درجة ، فإنه بما أن محكمة الإستئناف يتبعها العديد من محاكم أول درجة ، فإن لها بالتالى اختصاصا بنظر الطعن فى جميع الأحكام الصادرة من هذه المحاكم التى تتبعها (٢) .

ويقال بصدد الإختصاص الكامل أو القضاء الكامل لمحكمة الإستئناف أنه يتألف من جمع كافة اختصاصات محاكم أول درجة التابعة لها . وبناء على ذلك فإنه إذا جاوزت محكمة أول درجة اختصاصها ،

---

(١) VINCENT. p. 383.

(٢) F. LEVENEUR: A propos de la plénitude de juriction de la cour d'appel.
Gaz. pal. 3/7/1970 - p. 10 et s.

وطعن فى حكمها بالإستئناف ، فإنه بمقتضى مبدأ القضاء الكامل لمحكمة الإستئناف ، فإنها تختص بنظر الطعن فى هذا الحكم مادامت المحكمة المختصة كأول درجة تتبع هنذه المحكمة الإستئنافية . ومبدأ التقاضى على درجتين ليس قاصرا فقط على الإجراءات المدنية ، بل هو موجود أيضا فى نطاق الإجراءات الإدارية . والإجراءات الجنائية . فهو مبدأ أصيل فى نطاق إجراءات التقاضى أيا كان مكانها (١) ، (٢) .

---

(١) LOUIS ASSELIN : le double degré de juridiction. Thèse.poitiers. 1934. p. 2 et s.

ومن الناحية التاريخية فإن نظام الإستئناف باعتباره الأداة الفنية التى تعمل قاعدة التقاضى على درجتين لم يكن معروفا فى روما فى عصر الجمهورية . وظهر فى عصر الإمبراطورية وكان الإستئناف فى هذا العصر متعددا فلم يكن يكتفى بطعن واحد بل أن الإستئناف كان يرفع إلى أدنى القضاة ، مثل قضاة البلديات حتى الإمبراطور . وفى نهاية العصر الإمبراطورى وفى عهد جستنيان منع الطعن بالإستئناف أكثر من مرتين أيا كان قاضى أول درجة . ومن هنا نستطيع القول أن القانون الرومانى كان يعرف قاعدة الدرجات الثلاث للتقاضى .

(٢) وسبق لنا القول أن النظام الفرنسى القديم كان يعرف الإستئناف المتكرر ضد نفس الحكم الصادر من أول درجة . فكان هناك الإستئناف إلى القضاء الأدنى والمتوسط la basse ou moyenne justice du seigneur ، الخاص بالسيد الإقطاعى ، ثم القضاء الأعلى فى المقاطعة ، ثم بعد ذلك يذهب المتقاضى إلى تابع الملك الأدنى درجة les prévots royaux ، ثم بعد ذلك كان الإستئناف يرفع إلى محاكم الأقاليم المسماة بالبرلمانات les parlements وكان مسموحا الإستئناف طالما توجد محكمة أعلى من التى أصدرت الحكم .

وكانت الفوضى سائدة فى ظل هذا النزام من نظم الطعن حيث أن مدة الطعن بالإستئناف كانت ٣٠ سنة من اعلان الحكم ، ثم خفضت إلى عشر سنوات بالأمر الملكى الصادر سنة ١٦٦٧ فى فرنسا ، ثم نجح الملك لويس السادس عشر فى مايو سنة ١٧٨٨ فى قصر التقاضى أمام المحاكم على درجتين دون أن يلغى ايا من المحاكم القائمة . ==

ويقصد بقاعدة التقاضى على درجتين أنه يوجد فقط محاكم أول درجة ، ومحاكم ثانى درجة يمكن التظلم أمامها من القضاء الصادر من أول درجة .

ويرى البعض أن قاعدة التقاضى على درجتين تتعلق بالنظام العام، كما أنها أعلى من إرادة الخصوم ومن إرادة القاضى [1] . فهذه القاعدة تفرض على القاضى نفسه ، فهو لايستطيع أن يزيد أو ينقص من اختصاصه الذى حدده له المشرع . وبناء على ذلك فإذا طعن فى حكم نهائى أمام قاضى الإستئناف ، فله من تلقاء نفسه أن يحكم بعدم قبول الطعن ، والعكس صحيح .

وقاعدة التقاضى على درجتين تتعلق بالنظام العام أيضا فى مواجهة الأطراف . فلا يمكن للخصوم مخالفة هذه القاعدة . والذى يستطيع فقط مخالفتها هو المشرع بالنص الصريح على ذلك .

وفى الفقه الحديث فإن الإجماع منعقد على أن القواعد المتعلقة بدرجات التقاضى تكون من النظام العام [2] ، فهى قواعد آمرة . ويجب أن يفهم ذلك بمعنى أنه لايمكن للخصوم الإتفاق على طرح نزاعهم مباشرة أمام محكمة ثانى درجة . ولا على إمكانية خلق درجة ثالثة للتقاضى . كما يجب أن يفهم من ذلك أنه يجوز للأطراف الإكتفاء بدرجة واحدة من

= وبقيام الثورة الفرنسية أبقت على نظام الإستئناف ، رغم مناداة البعض بالغاء هذا النظام ، ويرجع السبب فى احتفاظ الثوار بنظام الإستئناف إلى أن هذا الأخير كان أداة الملكية فى محاربة الإقطاع ، وكان عداء الثوار للإقطاع أكثر من عدائهم للملك .

- راجع الرسالة السابقة . ص ٢٠ وما بعدها .

(١) ASSELIN. op. cit. p. 28.

(٢) VINCENT. op. cit. p. 382.

درجات التقاضى .

وفى هذا الصدد جرت محكمة النقض الفرنسية على التفرقة الآتية:

إذا طـرح الطلـب القضـائى مباشـرة ولأول مـرة أمـام محكمـة الإستئناف بطريقة أصلية de plano ، وذلـك دون أن يعـرض مـن قبـل أمام أول درجة ، هنا يوجد عدم اختصـاص مطلق ، أى متعلق بالنظـام العام ، لمخالفة ذلك لقاعدة التقاضى على درجتين [(١)] .

وعلـى العكـس مـن ذلـك ففـى حالــة الطلبــات الجديــدة Les demandes nouvelles التـى تطـرح علـى محكمـة الإسـتئناف بمناسـبة طعن مرفوع أمامها ، فإن محكمـة النقض الفرنسية لاتـرى هنـا الأ عـدم اختصاص نسبى غير متعلق بالنظام العام [(٢)] . فهنـا تـرى محكمـة النقـض الفرنسية أن مخالفة درجات التقـاضى فـى مثـل هـذه الحالـة اقـل شـدة مـن الحالـة السـابقة والتـى يعـرض فيهـا الطلـب بصفـة أصليـة أمـام محكمـة الإستئناف ، فقاضى أول درجة قد عرض عليه علـى الأقل نزاعـا طـرح بمناسبة الطعن فيه بالإستئناف طلبا جديدا أمام محكمة ثـانى درجـة . هـذا القول الأخير نؤيده تمام التأييد ، والنصوص الفرنسية الجديدة تؤكده .

أما عن تأييدنا له ، فإننا نرجع إلى مبدأ الإقتصاد فى الإجـراءات، فمحكمة النقض الفرنسية إذ تقول أن عدم القبول لمثل هذه الطلبات الأخيرة الراجع إلى عدم اختصاصها بها ، لايتعلق بالنظام العام ، فهى تهدف إلى

---

(١) Civ. 12/3/1989. S. 1891, 1 - 513 - note tissier
Civ. 8/5/1923, D. 1923. 1 - 13.
Civ. 20/7/1927. D.H 1927 - 494.
Civ. 27/12/1960. D. 1961. 469. note crémieu.

(٢) Req. 18/4/1947. D. 1947. 283.
Civ. 18/7/1954. Gaz. pal. 1954 - 2 - 269.

إنجاز وإنهاء النزاع مـرة واحدة أمـام محكمـة الإستئناف . ولكـن محكمـة النقض لم تبين ميكانزم أو طريقة عمل محكمة الإستئناف إزاء هذا الطلب الجديد الذى قد يكون منبت الصلة عن الطعـن المرفـوع اليهـا . وعلـى أى حال ففى الغالبية العظمى من الحـالات تتوافـر صلـة مـابين الطلب الجديد والطلب المطعون فى الحكم الصـادر فيـه أمام محكمـة الإسـتئناف ، هـذه الصلة قد تكون صلة ارتباط أو تبعية أو تكملـة ممـا يبيح طـرح مثل هـذه الطلبات لأول مرة أمام محكمة الإستئناف .

ومن جهة أخرى فإن نصـوص قـانون المرافعـات الفرنسـى الجديد وكما سنرى من بعد تجيز طرح العديد من الطلبات الجديـدة المقبولـة لأول مرة أمام محكمة الإستئناف كما سنرى من بعد [١] .

ومـع ذلـك ، فإنـه لايجـب اغفـال أن هنــاك أحكـام صـادرة فــى منازعات نص المشرع على عدم جواز الطعن فيها بالإستئناف ممـا مفـاده أنه قصر درجات التقاضى بصددها على درجة واحدة . وذلـك فـى أحـوال ضآلة قيمـة المنازعـة ، أو بحسـب طبيعتهـا التـى جعلت المشـرع يقصـر التقاضى بالنسبة لها على درجـة واحـدة [٢]. ومـن جهـة أخـرى فـلا يجـب إغفال دور الإرادة الفردية التى من الممكـن أن تلعـب دورا هامـا فـى هـذا المجال :

---

(١) MEURISSE: Effet devolutif de l'appel et évocation D - chron. 1953. p. 129.

POCHON : la théorie de la compétence et la réforme judiciaire. D-ehron. 1960. p. 152.

L. COURTEAUD. Aprécu sur le fait judiciaire de l'appel - in. la voie d'appel. 1963. p. 60 et s.

(٢) ASSELIN. p. 40.

فمن الممكن للأفراد التنازل بالإرادة المنفردة عن الطعن بالإستئناف . ومن الممكن الاتفاق على عدم الطعن بالإستئناف .

كذلك من الممكن للأطراف المبالغة فى تقدير قيمة طلباتهم لجعلها قابلة للإستئناف ، أو تقديم طلبات غير مقدرة القيمة .

كذلك يستطيع الأطراف تقديم طلبات جديدة فى الإستئناف كما سوف نرى من بعد ، هذه الطلبات تؤدى إلى استبعاد أول درجة من درجات التقاضى بالنسبة لجميع الخصوم ، أى بالنسبة لمن طرحها على محكمة الإستئناف . وبالنسبة لمن تطرح هذه الطلبات فى مواجهته .

أيضا من الممكن لمحكمة الإستئناف نفسها التوسع فى استخدام بعض الأدوات الفنية القائمة داخل نظام الطعن بالإستئناف مما يؤدى أيضا إلى استبعاد الدرجة الأولى من درجات التقاضى ، وذلك كما هو الحال بالنسبة لاستخدام محكمة الإستئناف لحقها فى التصدى ، وذلك كما سوف نرى فى مكانه .

هذه هى قاعدة التقاضى على درجتين ، الذى يعتبر نظام الطعن بالإستئناف هو الأداة الفنية التى تؤدى إلى إعمال هذه القاعدة ، استعرضنا هذه القاعدة فى جوهرها ، وتاريخها ، وأساسها ، وتعلقها بالنظام العام ، ودور مختلف الأدوات الفنية ، سواء كانت هذه الأدوات راجعة إلى السياسة التشريعية أو إلى إرادة الخصوم ، أو إلى سلطات محكمة الإستئناف ذاتها ، فى التأثير على هذا المبدأ الهام من مبادئ قانون المرافعات .

ننتقل الآن إلى دراسة مبدأ آخر من المبادئ التى تسيطر على آثار الطعن بالإستئناف .

المبحث الثانى

مبدأ ثبات النزاع أمام محكمة الإستئناف

Immutabilité du litige devant la Cour Pappel

٢٧٦ – يعرف مبدأ ثبات النزاع على وجه العموم بأنه المبدأ الذى يسيطر على الخصومة القضائية أيا كان فرع القانون الذى توجد به هذه الخصومة . ويقصد به أنه بمجرد ميلاد الخصومة فإن كافة عناصرها، ونطاقها ، يجب ألا يحدث فيهما أى تغيير . فلا يمكن استبدال أحد الخصوم بشخص من الغير ، أو تغيير صفة أحد الأطراف ، أو تعديل موضوع الطلب القضائى الأصلى ، أو تقديم طلب جديد . عدم الإمكانية هذا يوجه إلى القاضى وإلى الخصوم فى آن واحد .

ومع ذلك ، وحتى لاتتكرر القضايا أمام المحاكم فإنه قد سمح بطرح العديد من الطلبات الإضافية أو الطلبات المقابلة بشرط أن يتوافر بينها وبين الطلب الأصلى رباط وثيق (١) .

ومبدأ ثبات النزاع بهذا المعنى يرتكز بصفة أساسية على الطلب الأصلى المفتتح للخصومة . فهذا الطلب هو الذى يحدد عناصر وأساس المبدأ (٢) . وعلى ذلك فقد قيل أن المدعى بمجرد تقديم طلبه الأصلى إلى القضاء فإنه يصبح سجينا لهذا الطلب . وعلى ذلك فيجب دائما الرجوع إلى هذا الطلب القضائى حتى يمكن على ضوئه معرفة ماإذا كان طلب ما جديد أم لا (٣) .

---

(١) JACQUES MIGUET : Immutabilité et évolution du litige. Thèse Toulouse. 1977. p. 13.

(٢) SIBILLE : Les effets de la demande en justice. Thèse. Bordeaux 1904. p. 10.

(٣) ZARZYCKI: De la demande en justice. Thèse. Caen.1937. p.12

ومبدأ ثبات النزاع كان معروفا فى القانون الرومانى نتيجة للعمل الذى كان شائعا هناك بصدد الإشهاد على الخصومة La Litis contestatio فهنا ، وبمناسبة هذا الإشهاد كانت عناصر النزاع يتم تحديدها .

أما فى القانون الفرنسى ، فلم يكن هذا المبدأ معروفا حتى سنة ١٥٣٩. وذلك لأن القانون الفرنسى القديم لم يكن يعرف تحديد عناصر النزاع فى صحيفة الدعوى التى كانت تقتصر على مجرد تكليف بالحضور غفل من تحديد عناصر النزاع :

L'ajournement préliminaire à toute procédure y était une simple sommation de comparaître.

وابتداء من سنة ١٥٣٩ أصدر أمر بضرورة تحرير صحيفة الدعوى وبيان موضوع الطلب وأوجه الدفاع . وبناء على ذلك فإنه بمجرد رفع الدعوى وتحديد عناصرها ، فإن كل طلب جديد كان غير مقبول (١) .

وأهمية مبدأ ثبات النزاع بالنسبة لموضوع دراستنا فى نطاق الطعن بالإستئناف ، ترجع إلى أن قاضى ثانى درجة يكون مزودا بكافة السلطات وتقع عليه كافة الواجبات كقاضى أول درجة تماما . وبناء عليه فلكى يعمل قاضى الإستئناف رقابته على الحكم الصادر من اول درجة ، فلابد أن يطرح عليه ذات النزاع السابق طرحه على قاضى أول درجة دون أى تغير .

وعلى ذلك تظهر الصلة الوثيقة بين مبدأ التقاضى على درجتين

---

(١) BOYREAU: De la prohibition des demandes nouvelles en appel. Thèse. Bordeaux. 1945. p. 30.

ومبدأ ثبات النزاع . هذه الصلة هى التى تمنع تقديم طلبات جديدة امام محكمة الإستئناف . ففى تقديم مثل هذه الطلبات لأول مرة أمام محكمة ثانى درجة مايؤدى إلى الإخلال بمبدأ ثبات النزاع ومبدأ التقاضى على درجتين فى آن واحد .

والواقع أن مبدأ ثبات النزاع يتحد مع مبدأ سيادة الخصوم le princip dispositif ، بمعنى أنه إذا كان الأطراف أحرارا حسب هذا المبدأ الأخير فى تشكيل طلباتهم أمام القضاء ، فإنه حسب مبدأ ثبات النزاع يجب عليهم الإحتفاظ بكافة عناصر ادعاءاتهم حتى النهاية (١) .

ومبدأ ثبات النزاع إذا كان يهدف إلى إعطاء صورة ثابتة للقضية وذلك أمام قاضى ثانى درجة ، وذلك حتى تتوافر أمامه كافة العناصر التى تمكنه من فحص ذات النزاع للمرة الثانية . فقد ذهب البعض إلى المناداة بإطلاق وجمود مبدأ ثبات النزاع . ومعنى جموده أنه لايجوز اضافة أى عنصر جديد إلى الطلب الأصلى أمام محكمة ثانى درجة حتى ولو كان هذا العنصر الجديد هو مجرد وسيلة من وسائل الدفاع (٢) .

ومع ذلك فقد هوجم هذا الرأى ، على أساس أنه يعطى لمبدأ الثبات وصفا ليس له ، فطبيعة الخصومة القضائية هى الحركة النشاط ، وقاضى ثانى درجة له كافة سلطات قاضى اول درجة ، وبالتالى فمن الجائز أن تطرح أمامه طلبات جديدة فى الحدود التى يقررها المشرع والتى تسمح بها المبادئ العامة . بالإضافة إلى ذلك فإن المشرع الفرنسى المعاصر ، وكما سوف نرى من بعد ، سمح بتقديم العديد من الطلبات الجديدة لأول مرة أمام محكمة الإستئناف ، بحيث أصبح يصح التساؤل

---

(١) AZARD : L'immutabilité de la demande en droit judiciaire Français. PARIS - 1936.

(٢) AZARD. op. cit. loc. cit.

عن مدى النطاق الذى يجب رسمه وتحديده لقاعدة التقاضى على درجتين [١] .

والواقع أن تعقد وتشابك الروابط القانونية يعتبر حجة جديدة تدين فكرة الجمود المطلق لمبدأ ثبات النزاع ، ويكفى أن نضرب مثالا بحادث سيارة ترفع بشأنه دعوى أمام القاضى يمثل فيها المضرور ومحدث الضرر والشركة التى يؤمن لديها محدث هذا الضرر وهيئة التأمين الإجتماعى وصندوق التأمين ضد حوادث السيارات فى فرنسا ، وربما يكون فى هذه الخصومة ايضا تابع لمحدث الضرر أو مسئول عنه . هذه المراكز القانونية المعقدة قد لاتظهر بكامل أطرافها أمام أول درجة ، ولكنها تظهر فجأة أمام محكمة الإستئناف . كل هذا يستوجب إعطاء مبدأ ثبات النزاع مفهوما أو معنى نسبيا مرنا حتى لاتتكرر الخصومات وتتجزأ أمام محكمة اول درجة ، ومحكمة ثانى درجة [٢] .

والمشرع الفرنسى نفسه أجاز بشرط تطور النزاع اختصام الغير بهدف الحكم عليه ولو لأول مرة أمام محكمة الإستئناف [٣] .

ومن جهة أخرى ، فإن الطبيعة المتحركة للخصومة القضائية سواء أمام محكمة أول درجة ، أم أمام محكمة ثانى درجة تتنافى مع مبدأ ثبات النزاع بصورة مطلقة ، فرابطة الخصومة تسير باستمرار نحو الحل النهائى للنزاع [٤] . هذا السير الدؤوب يتم بناء على إعمال إجرائية متتابعة يتخذها الأطراف وأعضاء الهيئة القضائية ، هذا المظهر المتطور لسير

---

(١) نبيل عمر . النظرية العامة للطعن بالنقض . منشأة المعارف . ط أولى . س ١٩٨٠ .

(٢) R. SAVATIER: Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui. Dalloz. 1959. et 1964.

(٣) نبيل عمر . دراسات فى فلسفة قانون المرافعات . ص ١٢٠.

(٤) BRULLIARD. Procédure civile P. U. F. 1944. p. 221.

الخصومة يتنافى فى كلمة واحدة مع الرأى الذى يقول بالثبات المطلق للنزاع .

رأينا فى هذا السرد الروابط الوثيقة التى توجد بين مبدأ ثبات النزاع ومبدأ سيادة الخصوم ومبدأ التقاضى على درجتين .

وننتقل الآن إلى معالجة مبدأ سيادة الخصوم .

المبحث الثالث

مبدأ سيادة الخصوم أمام محكمة الإستئناف

Le Principe dispositif devant la Cour d'appel

٢٧٧ - يعتبر مبدأ سيادة الخصوم واحد من أهم مبادئ الإجراءات المدنية - مبدأ غير مكتوب كما يذكر الفقه - النزاع المدنى ملك لأطرافه . هم يرفعونه إلى القضاء . وهم يرسمون معالمه ويضيفون اليه رتوشه . والأطراف يتولون دفع إجراءاته فى كل لحظة ، ويملكون حق الدفاع والمدافعة فيه ، كما أن لهم التنازل عنه ووضع حد إرادى لنهايته . مبدأ سيادة الخصوم يقابله فى النزاع المدنى مبدأ حياد القاضى أيا كان المضمون الواجب إعطاؤه لهذا الحياد .

هذا المبدأ يوجد بصورة قوية فى الإجراءات المدنية ، كما يوجد بصورة أقل فى الإجراءات الإدارية ، ولايوجد فى الإجراءات الجنائية .

ومع ذلك وحتى فى نطاق الإجراءات المدنية فإن مبدأ سيادة الخصوم يجد العديد من القيود فى النطاق الذى يوجد فيه النظام العام [1].

---

(١) COUTURE : Le procès comme institution. Revue internationale du droit Comparé. 1950, p. 276.

فالخصوم حسب هذا المبدأ هم إذن سادة النزاع الخاص ، والقضية المدنية مازال ينظر اليها حتى الآن على أنها ملك خاص للخصوم d'appropriation prive le procès civil nvisag comme objet[1]

فالخصوم بما أنهم سادة لنزاعهم dominus litis فهم أيضا سادة الخصومة والنزاع المولد لها .

ومظاهر هذه السيادة متعددة . فالقاضى لايستطيع أن يخص نفسه بنظر نزاع مابعمل صادر منه ، بل لابد من عمل صادر من الأطراف أنفسهم يؤدى إلى انعقاد هذه الخصومة . وأيضا فإن استمرار سيرهذه الخصومة راجع إلى أعمال إجرائية لابد من اتخاذها بواسطة الخصوم حتى تولد الآثار التى يرتبها القانون على اتخاذها . وللخصوم أيضا ، بأدوات فنية متعددة مكنة وضع نهاية للخصومة [٢] . كل هذه الأصول تظل قائمة وفعالة فى نطاق النزاع الخاص le contentieux privé . طالما أن المصالح محل الحماية تعتبر مصالح خاصة – والقانون الفرنسى الجديد الصادر سنة ١٩٧٦ يسير فى هذا المعنى : فنصوص الباب التمهيدى الذى يحوى القواعد العامة التى تطبق على كافة درجات التقاضى تنص على أن الخصوم هم الذين يفتتحون الخصومة مالم ينص القانون على غير ذلك :

---

(١) DEBBACH. Contentieux administratif. 1975. no. 357.
CORNU et FOYER. op. cit. p. 365.

(٢) ANDRE: Du principe de la neutralité du juge dans l'instruction des affaires civiles. Thèse. Paris. 1910. p. 20.
MOTULSKY : Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits dans la procédure civile en France. Rapp. au 1Ve Congrés de droit international. Paris. 1954.

Les parties intraduiscnt l'instance, sauf le cas que la loi en dispose autrement.

ووارد فى هذه النصوص أيضا أن الخصـوم هـم أصحـاب الحريـة فى وضع حد لهذه الخصومة قبل صدور الحكم المنهى لهذا النزاع .

les parties introduiseent l'instance, hors le cas ou la loi en dispose l'effet du jugement ou en verty de la loi (١)

مبدأ سيادة الخصـوم ، ودورهـم فـى نشـأة الخصومـة وسـيرها وانتهائها ، لايحد منه ماقد يعطيه المشرع أحيانا من دور ايجابى للقـاضى بصدد سير هذه الخصومة . ففى القـانون الفرنسـى مثـلا فـإن المـواد ١٤٣ حتـى ٣٢٢ تعطـى للقـاضى دورا كبيرا فـى تحقيق الـنزاع . هذا الـدور لايمس كثيرا مبدأ سيادة الخصوم ، لأنه دورا قاصرا على مسائل الإثبات.

وبصدد مبدأ سيادة الخصوم بالنسبة لخصومة الإسـتئناف ، فإننـا نلاحظ أن كل ماسبق قوله بصدد مظـاهر وجوهر هذا المبدأ تجد مجـالا كاملا للتطبيق أمام محكمة الإستئناف .

فمحكمة الإستئناف هى محكمة موضوع . وهى تنظر ذات الـنزاع السابق حسمه بالحكم المطعون فيه بالإستئناف . والخصوم يحتفظون بـذات مراكزهم الإجرائيـة التـى كـانت لهـم أمـام أول درجـة وذلـك أمـام محكمـة الإستئناف .

وبناء على ذلك فهم الذين يبدأون هذه الخصومة ، ويملكون زمـام السيطرة عليها ، ولهم فقط حق اتخاذ الإجراءات التى تساعد على سـيرها أو على العكس لهم الحق فى وضع حـد لنهايتهـا ، ومبـدأ سيادة الخصـوم يلتصق به بدون شك مبدأ الطلب بمعنـى أن القـاضى لايسـتطيع أن يفصـل

---

(١) VINCENT: op. cit. p. 500.

فى أمر لم يطلب منه الفصل فيه ، وعدم استطاعة القاضى الفصل فى موضوع ما دون طلب يقابله مبدأ حياد القاضى الذى يدل على معنى عكسى تماما لما يدل عليه مبدأ سيادة الخصوم .

وننتقل الآن لدراسة المبدأ الأخير من المبادئ العامة التى تسيطر على آثار الطعن بالإستئناف .

المبحث الرابع
مبدأ احترام حقوق الدفاع
وضرورة المجابهة بين الخصوم

٢٧٨ – مبدأ احترام حقوق الدفاع le respect des droits de la défense هو مبدأ اصيل من مبادئ القانون ، وهو ينساب من مبدأ العدالة مباشرة ، وهو قائم فى كافة النظم الإجرائية . ومفهوم مبدأ حقوق الدفاعت يعنى ببساطة أنه لايمكن الحكم على شخص إلا بعد سماع دفاعه، أو بالأقل منحه الفرصة لكى يبدى هذا الدفاع أيا كان شكل هذه الفرصة . هذا المبدأ ليس قاصرا على المدعى عليه فقط ، بل يجب احترامه بالنسبة لجميع الخصوم . مبدأ احترام حقوق الدفاع لايعمل بشكل جيد إلا من خلال مبدأ المواجهة بين الخصوم ايا كان الشكل الذى تتخذه هذه المواجهة. وكان هذا المبدأ معروفا عند الرومان باسم : Audiature et altera pars [1].

---

(١) عزمى عبدالفتاح – مبدأ المواجهة . ١٩٩٣ . ص ٥ .
– ابراهيم سعد – لاتحكم دون سماع الخصوم . ١٩٨١ . ص ٧ .
– نبيل عمر . قاعدة عدم حكم القاضى بعلمه الشخصى . ١٩٩٠ . ص ٥٠ .

هذا المبدأ يرتبط بمبدأ حسن سير العدالة ، ويرتبط أيضا بمبدأ سيادة الخصوم فى النزاع الخاص بالمعنى السابق لنا شرحه . بل أكثر من هذا فإن مبدأ حياد القاضى لايمكن إعماله إعمالا صحيحا إلا إذا تلقى توضيحا لكافة نقاط النزاع من جميع الخصوم ، مما يكفل احترام حقوق الدفاع ، ويكفل اعمالا مبدأ المجابهة فى آن واحد . فمبدأ المساواة بين الخصوم فى اعمال حق الدفاع يكفل للقاضى القيام بمقارنة الأدلة والحجج المقدمة من جميع الأطراف (١) .

وجوهر وأساس احترام حقوق الدفاع يرتكز على المجابهة بين الخصوم .

وإعمال هذه المبادئ يقتضى أن يحاط كل طرف بطلبات ودفاع ودفوع الطرف الآخر ، وأن يمنح كل طرف كافة المهل والفرص التى تمكنه من الرد على ماقدمه الطرف الآخر (٢) .

ومع ذلك ، ونظرا لمشاكسة الخصوم ، فقد يورد المشرع بعض عناصر تخفف من اطلاق مبدأ احترام حقوق الدفاع :

ففى حالة غياب أحد الخصوم ، أو امتناعه عن الحضور ، هنا لايمكن أن يؤدى هذا المسلك إلى إعاقة قيام العدالة فى المجتمع ، فإذا صدر الحكم غيابيا ، فإنه مع هذا يقبل الطعن فيه بالمعارضة حتى يمكن اعمال مبدأ احترام حقوق الدفاع (٣) . ويعتبر أيضا مخالفة لمبدأ المجابهة الحالات التى يمنع فيها المشرع المرافعة الشفوية فى بعض المنازعات ولاعتبارات مختلفة ، قد ترجع الى شخص الخصم أو إلى موضوع

---

(١) CORNU et FOYER : op. cit. p. 370.

(٢) VINCENT. op. cit. p. 501.

(٣) CORNU et FOYER. p. 371.

النزاع ، كما هو الحال فى دعاوى مخاصمة القاضى ، ورده فى القانون الفرنسى .

ومن جهة أخرى ، فإن مبدأ المجابهة أداة إعمال مبدأ احترام حقوق الدفاع لايجد مجالا لإعماله بصدد الأوامر الصادرة على عرائض التى تصدر فى غيبة الخصم ، وذلك حتى يمكن تحقيق هدف المفاجأة المرجو من نظام هذه الأوامر . ومع ذلك ففى مرحلة تالية حين يتم التظلم من هذه الأوامر أو الطعن فى الحكم الصادر فى هذا التظلم فإنه يتم اعمال مبدأ المجابهة ويتم بالتالى احترام حقوق الدفاع .

ويستطيع الخصوم القيام بالدفاع والمجابهة بأنفسهم أو عن طريق من يتم اختيارهم من ممثلين لهم . وفى الشكلية المنصوص عليها فى قانون المرافعات ضمانة لاحترام حقوق الدفاع . ومظهر ذلك أن هذه الأوراق رسمية لأنها موقع عليها من موظف عام .

والواقع أن مبدأ احترام حقوق الدفاع هو من مبادئ العدالة الثابتة، ويمليه القانون الطبيعى ذاته (١).

وتنص المادة ١٤ من قانون المرافعات الفرنسى الصادر سنة ١٩٧٦ على أنه لايجوز الحكم على شخص دون أن يسمع أو يدعى للحضور لسماعه :

Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée.

---

(١) MOTULSKY: Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle le respect des droits de la défense. Mellange Raubier, T. 11. p. 175.

WIEDERKEHR: Le principe du contradictoire. A propos du décret du 17/12/1973, p. 95.

وهذا يقتضى أن يقوم الخصوم بتبادل وجهات نظرهم فى النزاع ، وأن يمنحوا كافة المهل اللازمة للرد عليها ، ومبدأ احترام حقوق الدفاع يجب أن يراعى بصفة خاصة حينما يوجد شخص من الغير يتم اختصامه فى النزاع المطروح على القضاء . ومبدأ احترام حقوق الدفاع يتعين مراعاته فى جميع درجات التقاضى .

وبهذا نكون قد انتهينا من استعراض هذه المبادئ العامة التى تسيطر على خصومة الطعن بالإستئناف وآثارها .

الفصل الثانى

الأثـــر الناقـــل للإستئنـــاف

وقاعدة تحريم ابداء الطلبات الجديدة لأول مرة

أمام محكمة الإستئناف

٢٧٩ - بمجرد الطعن فى حكم ما بالإستئناف تتولد مجموعة من الآثار . هذه الآثار تسمى بآثار الطعن بالإستئناف . وسبق لنا القول فى مقدمة هذا الباب أن نانعالج هنا الآثار المتولدة عن الطعن فى حكم محكمة أول درجة بالإستئناف . وبناء على ذلك فإننا قد استبعدنا دراسة آثار الحكم الصادر فى الطعن من محكمة الإستئناف . يتولد عن الطعن بالإستئناف مجموعة من الآثار يحكمها مايعرف فى النظام القانونى للطعن بالإستئناف بالأثر الناقل : L'effet dévolutif d'appel .

ويقصد بهذا الأثر ما للإستئناف من خاصية نقل النزاع الذى طرح أمام محكمة أول درجة . وصدر فيه حكم ، وحدث طعن بالإستئناف فى هذا الحكم . نقل النزاع بهذه الصورة إلى محكمة ثانى درجة تحكمه قاعدة تقليدية جاءت من الرومان .

فالإستئناف لاينقل إلى محكمة ثانى درجة إلا مافصل فيه من محكمة أول درجة Tantum devolutum quantum judicatum .

والإستئناف لاينقل الى محكمة الدرجة الثانية ، من جهة أخرى ، إلا ماحدث طعن بالنسبة له من الحكم الصادر من أول درجة Tantum devolutum quantum appellatum .

هذه القواعد واردة من القانون الرومانى . إلا أن التقدم العلمى فى النطاق القانونى أدى ويؤدى إلى تفريغ هذه القواعد من كل مضمونها ، كما سوف نرى من بعد .

دراسة الأثر الناقل للإستئناف تهيئ الفرصة لمعرفة كافة الأدوات الفنية التي توجد داخل النظام القانوني للطعن بالإستئناف وكيف تؤدى دورها وتحدث آثارها المرسومة في البناء النظرى لهذا الطريق من طرق الطعن في الأحكام .

وعلى ضوء ماسبق لنا دراسته من مبادئ عامة تسيطر على آثار الطعن بالإستئناف ، وبالنظر إلى الأثر الناقل للطعن بالإستئناف الذى نعتقد أنه الشرارة التي تؤدى إلى تحريك كافة الأدوات الفنية لهذا النظام ، فإننا نقترح دراسة هذا الأثر الناقل من زوايا ثلاث .

هذه الزوايا الثلاث تبدأ من القواعد الرومانية التي ترى أن الإستئناف لاينقل الى محكمة الدرجة الثانية إلا ماسبق الفصل فيه من محكمة أول درجة . وأنه لاينقل إلى محكمة ثانى درجة إلا ماحدث طعن بالإستئناف فيه .

وإذا كنا سوف نبدأ دراستنا عن هذه القواعد ، فإننا سوف ندفع التحليل الى أقصى مدى لكى نصل من ذلك إلى تقييم جديد لهذه المسلمات التي مازال الفقه يرددها بطريقة تلقائية تغلب فيها العادة والسهولة .

إذا كان الأثر الناقل للإستئناف ينقل إلى محكمة الدرجة الثانية ماسبق الفصل فيه من أول درجة مما حدث طعن بالنسبة له ، فإن مؤدى ذلك في الفقه التقليدى والحديث هو تحريم ابداء طلبات جديدة تطرح لأول مرة أمام محكمة الإستئناف . فهذه الطلبات لم تطرح على محكمة أول درجة ، ولم يصدر فيها حكم أول ، ولم يطعن بالإستئناف في هذا الحكم الذى لم يولد ، وبالتالى فالأثر الناقل للإستئناف لايحتويها . الأثر الناقل كأداة فنية للطعن بالإستئناف يتضرر من هذه الطلبات فهى لاتدخل في نظامه ، بل أكثر من ذلك لايوجد ضمن أدواته الفنية أداة واحدة خلقت

ونظمت لكى تتعامل مع هذه الطلبات . من هنا يظهر لنا أن فكرة الطلبات الجديدة أمام محكمة الإستئناف وتحريمها يرجعان إلى فكرة الأثر الناقل الذى يعتبر مثل هذه الطلبات أجنبية بالنسبة له . وبالتالى فإن خالفت هذه الطلبات الجديدة أمام محكمة الإستئناف قاعدة التقاضى على درجتين فإن ذلك هو اثر غير مباشر لمخالفة هذه الطلبات للأثر الناقل للطعن بالإستئناف الذى يعتبر فى صحيح النظر الأداة الفنية لإعمال مبدأ التقاضى على درجتين ، كل ذلك سوف نراه من خلال هذه الدراسة ، نتولى فى التحليل التالى تقسيم هذا الفصل إلى مباحث ثلاثة تعالج الأثر الناقل للطعن بالإستئناف من ناحية نتيجته الأساسية وهى منع أو تحريم ابداء طلبات جديدة تطرح لأول مرة أمام محكمة الإستئناف ، فنعالج فيما يلى :

المبحث الأول : الطلبات الجديدة بسببها أمام محكمة الإستئناف .

المبحث الثانى : الطلبات الجديدة بموضوعها أمام محكمة الإستئناف .

المبحث الثالث : الطلبات الجديدة بأشخاصها أمام محكمة الإستئناف .

ونتولى تفصيل ذلك فيما يلى .

المبحث الأول

الطلبات الجديدة بسببها أمام محكمة الإستئناف

٢٨٠ - لايجوز طرح طلبات جديدة لأول مرة أمام محكمة الإستئناف ، ويقصد بالطلب الجديد الطلب الذى لم يسبق طرحه على محكمة أول درجة ولم يصدر فيه حكم ولم يحدث بالتالى طعن بالإستئناف فيه . والطلب يعتبر جديدا بالنظر إلى الطلب السابق طرحه والفصل فيه أمام أول درجة . والطلب يكون جديدا أيضا إذا اختلف عن الطلب الأول ،

بالمعنى السابق لنا ، فى عنصر من عناصره الشخصية أو الموضوعية ، أى إذا اختلف من حيث السبب أو الموضوع ، وهذه هى عناصر الطلب الموضوعية ، أو كان الإختلاف راجعا إلى العنصر الشخصى ، بأن كان الطلب مقدما من شخص لم يكن طرفا أو ممثلا أمام أول درجة ، أو قدم الطلب من طرف سبق تمثيله أمام محكمة أول درجة ، ولكن هذا الطلب الأخير قدم من هذا الشخص بصفة تختلف عن الصفة التى ظهر بها أمام محكمة أول درجة .

الطلبات الجديدة بسببها كانت غير مقبولة فى فرنسا ، إذا ماقدمت لأول مرة أمام محكمة الإستئناف . ثم فى سنة ١٩٣٥ حدث تعديل تشريعى مؤداه قبول الطلبات الجديدة بسببها إذا ماطرحت لأول مرة أمام محكمة الإستئناف . وبصدور قانون المرافعات الفرنسى سنة ١٩٧٦ أبقى على هذا النظام .

وإنما الخلاف مازال قائما فى فرنسا حول تحديد فكرة السبب بالنسبة للطلب القضائى وذلك حتى يمكن معرفة الطلب الجديد بسببه الذى يقبل فيما لو طرح لأول مرة أمام محكمة الإستئناف .

وفى مصر وحتى سنة ١٩٦٨ كان المشرع المصرى يأخذ بنفس الحلول التى كان يأخذ بها القانون الفرنسى بصدد الطلبات الجديدة بسببها بعد تعديل سنة ١٩٣٥.

أى كانت القاعدة فى مصر هى تحريم ابداء الطلبات الجديدة فيما لو طرحت لأول مرة أمام محكمة الإستئناف .

وبصدور قانون المرافعات المصرى الحالى سنة ١٩٦٨ أخذ المشرع المصرى بالحل الذى أورده القانون الفرنسى بالنسبة لقبول الطلبات الجديدة بسببها فيما لو طرحت لأول مرة أمام محكمة الإستئناف .

وبذلك وقع المشرع المصرى دون أن يدرى فى نفس الخطأ الذى وقع فيه المشرع الفرنسى سنة ١٩٣٥ وسنة ١٩٧٦ ، والذى اثبتناه بالدليل العلمى فى رسالتنا لدكتوراه الدولة فى سبب الطلب القضائى ، كما سنرى من بعد .

نتولى فيما يلى معالجة فكرة الطلبات الجديدة بسببها أمام محكمة الإستئناف فى المطالب الآتية :

المطلب الأول : فكرة سبب الطلب القضائى وتمييزها عما قد يختلط بها من أفكار أخرى .

المطلب الثانى : الطلب الجديد بسببه حين يطرح لأول مرة أمام محكمة الإستئناف .

المطلب الثالث : تقدير الحلول التشريعية فى فرنسا ومصر بالنسبة للطلبات الجديدة بسببها حين تطرح لأول مرة فى الإستئناف .

ونعالج فيما يلى هذه المسائل .

المطلب الأول

فكرة سبب الطلب القضائى وتمييزها عما قد يختلط بها من أفكار أخرى [1]

٢٨١ – كان سبب الطلب القضائى يعرف فى فرنسا قبل سنة ١٩٣٥، أى قبل التعديل الذى حدث فى القانون الفرنسى والذى أصبح بمقتضاه من الجائز طرح طلبات جديدة بسببها لأول مرة أمام محكمة الإستئناف ، بأنه " الواقعة القانونية التى تشكل أو تكون الأساس الحال والمباشر للحق أو المنفعة القانونية التى يتمسك بها شخص أمام القضاء .

هذا التعريف كان يستند كما هو واضح على فكرة الواقعة القانونية كأساس لتعريف سبب الطلب القضائى . وساد هذا التعريف لفترة طويلة فى القانون الفرنسى . وفيما يتعلق بالقانون المصرى فكان سبب الطلب القضائى ، فى نفس الفترة محل الإعتبار ، يعرف بأنه هو التصرف القانونى أو الإلتزام بالإرادة المنفردة أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو نص القانون . أى أن سبب الطلب القضائى فى مصر كان ينظر اليه باعتباره مجرد مصدر من مصادر الإلتزام التى يحددها القانون.

وكان القضاء فى كل من مصر وفرنسا يسير على هذا النحو .

---

(١) المرجع الأساسى فى هذا الموضوع والوحيد هو رسالتنا لدكتوراه الدولة فى القانون الخاص باللغة الفرنسية :

OMAR - NABIL : La cause de la demande en justice. Bordeaux, 1977.

– عدا ذلك توجد مقالات متعلقة بهذا الموضوع ودراسات عامة تعالج هذا الموضوع حين تعرض لعناصر الطلب القضائى بوجه عام ، وسنشير اليها فى مكانها .

– نبيل عمر . سبب الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف . ترجمة موجزة لرسالتنا سالفة الذكر . منشأة المعارف . س ١٩٧٨.

فكان سبب دعوى المسئولية على سبيل المثال يعرف بأنه الواقعة القانونية التى تولد الحق فى التعويض . أو هو الواقعة القانونية التى تكون الأساس المباشر والحال للحق أو المنفعة القانونية التى يتمسك بها أحد الأطراف أمام القضاء فى صورة طلب أو دفع أو دفاع .

والواقع أن تحميل تعريف سبب الطلب القضائى على فكرة الواقعة القانونية فى هذه الفترة لم يحل المشكلة بصدد التعريف محل البحث ، بل نقل المشكلة الى مجال آخر هو محاولة البحث عن تعريف فكرة الواقعة القانونية ذاتها [1] .

٢٨٢ - بصدور القرار بقانون سنة ١٩٣٥ فى فرنسا ثم تعديل المادة ٤٦٤ من قانون المرافعات الفرنسى وبالتالى أصبح الطلب لايعتبر جديدا حتى ولو طرح لأول مرة أمام محكمة الإستئناف وكان سببه أو بواعثه جديدة ، طالما كان هذا الطلب متولدا مباشرة من الطلب الأصلى وكان يهدف إلى تحقيق نفس غاياته .

بهذا التعديل أصبح من الممكن طرح طلبات جديدة بسببها لأول مرة أمام محكمة الإستئناف . هذه الطلبات لاتهمنا فى هذه المرحلة من مراحل الدراسة . الذى يهمنا هو البحث عن تعريف سبب الطلب القضائى بعد تعديل سنة ١٩٣٥. هذا التعريف يهمنا أيضا فى مصر لأن المشرع المصرى أخذ سنة ١٩٦٨ بالحل الذى خلقه المشرع الفرنسى سنة ١٩٣٥.

ومن جهة أخرى قد يرى البعض ، بنظرة سطحية ، أن دراسة فكرة سبب الطلب القضائى غير مجدية الآن ، لأن الطلب الجديد بسببه أصبح مقبولا ولو طرح لأول مرة أمام محكمة الإستئناف . ودراسة فكرة السبب تكون مجدية فى القوانين التى تمنع تماما إبداء طلبات جديدة من أى

---

(١) نبيل عمر . سبب الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف . ص ٣١ .

نوع أمام محكمة الدرجة الثانية .

ذلك لأنه فى هذه القوانين ، أن وجدت ، يهمنا التمييز بين سبب الطلب ووسائل الدفاع وما قد يعتبر حجة أو دليل ، لأنه إذا كان الطلب الجديد بسببه غير مقبول فى الإستئناف ، فإن وسيلة الدفاع أو الحجة أو الدليل يكونوا ، على العكس من ذلك ، مقبولين ولو طرحوا لأول مرة أمام محكمة الإستئناف .

كل هذا من الممكن طرحه والمجادلة فيه والتساؤل عنه بشرط أن يكون ما أورده المشرع المصرى والفرنسى بصدد الطلبات الجديدة بسببها فى الإستئناف صحيح من الناحية العلمية (١) !!

كما سوف نرى من بعد ، وإذا عدنا إلى دراستنا الخاصة بتعريف سبب الطلب القضائى بعد تعديل سنة ١٩٣٥ فى فرنسا فإننا نجد مدرستين كل منهما تعتنق تعريفا لسبب الطلب القضائى يختلف اختلافا جذريا عن التعريف الآخر :

١ - مدرسة الأستاذ آزارد AZARD

يرى هذا الفقيه أن سبب الطلب القضائى هو فكرة قانونية ، فهو المبدأ القانونى الذى يؤسس عليه المدعى دعواه :

C'est le principe juridique sur lequel le plaideur fonde sa prétention.

---

(١) نبيل عمر . المرجع السابق . ص ٥٠ .

AZARD: Immutabilité de la demande en droit judiciaire Français, Thèse, Paris. 1936, p. 27 et S.

BOYREAU : De la prohibition des demandes nouvelles en appel. Thèse. Bordeaux, 1964, p. 7 et s.

وفكرة المبدأ القانونى الذى يستند اليه هذا الرأى فى تعريف سبب الطلب القضائى تظهر من دراسة النصوص القانونية التى يثيرها الخصم . دراسة هذه النصوص يجب أن ترتكز على المبادئ العامة التى ساهمت فى تشييد هذه النصوص القانونية . وبناء على ذلك فإن النصوص التى يجمعها وحدة الإنتماء إلى نفس العائلة يمكن ادراجها داخل فكرة السبب مفهوما على أنه المبدأ القانونى . وبناء على ذلك فإنه فى مجال البحث عن تطابق الأسباب أو عدم تطابقها فإننا يجب أن نجرى امتحانا من مرحلتين :

- نفحص أولا الطبيعة القانونية للنصوص التى اثارها أو تمسك بها الخصم .

- ثم نحلل بعد ذلك مسألة ما إذا كان النزاع مؤسسا على نص يختلف فى طبيعته ، بالنظر إلى المبدأ القانونى ، عن النصوص الأخرى أم لا .

وأما عن فكرة المبدأ القانونى الذى تقوم عليه نظرية الأستاذ آزارد، فإنه يمكن القول أن كل قاعدة قانونية تكون ، فى الواقع ، متصلة بمبدأ قانونى يحتويها فى طياته ، هذا المبدأ القانونى يشمل فى نفس الوقت جميع القواعد القانونية ذات الصلة بنفس الموضوع الذى يحكمه هذا المبدأ القانونى ، فالمسئولية التعاقدية مثلا ، يكون مبدؤها القانونى شاملا مجموع القواعد القانونية الخاصة بهذه المسئولية .

هذه القواعد القانونية تكون معتبرة ، بالنسبة الى المبدأ القانونى الذى يجمعها وتنطوى تحت لوائه ، بمثابة مجرد وسائل أو أوجه دفاع des simples moyens ، بينما يعتبر المبدأ القانونى ذاته هو السبب الحقيقى لمبدأ المسئولية التعاقدية [1] .

---

(١) GII LI : Essai d'une définition de la cause. Thèse, Paris, 1962.=

٢٨٣ – الإنتقادات التى وجهت الى نظرية الأستاذ آزارد :

انتقدت نظرية الأستاذ آزارد سالفة الذكر على اساس أنهـا تتضمـن الرجوع بالفقه إلى فكرة الطوائف . تلك الفكـرة التـى تـرى إمكانيـة تجميـع مختلف اسباب الطلب القضائى فى مجاميع حسب درجة الصلـة أو التشـابه التى توجد بين مختلف الأسباب وبذا تشكل كل مجموعة من الأسباب سببا قائما بذاته طالما أنها تندرج تحت طائفة يجمعها عنصـر التشـابه والإنتمـاء إلى نفس الطائفة (١) . بحيث تعتـبر سـائر القواعد القانونيـة مجـرد وسـائل دفاع ، أما الطائفة ذاتها فهى السبب الحقيقى للطلب القضائى ، ولا يخفى على أحد مظهر الصنعة فى هذه النظرية .

ونظرية الطوائف من جهة أخرى لاتقدم لنا أى تعريف لفكرة سبب الطلب القضائى ذاته . وفى الواقع فهناك عدة تساؤلات تفرض نفسها علـى الباحث :

ومـا الـذى ينبغـى فهمـه بفكـرة القرابـة أو التشـابه بيـن النصـوص القانونية التى تعـد عـاملا أساسيا فـى إدراجهـا داخـل ذات المبدأ القـانونى موضوع البحث ؟

وكيـف تقدر درجـة القرابـة أو الشـبه وذلـك بفـرض وجـــود هـــذه الأمور؟

== R. SAVATIER: Note au D.P. 1928. 11. 153.
MIMIN : note D. 1935. 1.17.
I. SAVATIER: Note J.C.P. 1953.II.7061.
ESMEIN : Note J.C.P. 1960. II.I.1980.
(١) LACOSTE : De la chose jugé. 1904. p. 104.
GRIOLET : De l'autorité de la chose jugée. 1968, p. 109.

لكل هذا فإننا نرى أن نظرية الأستاذ آزارد قد اعتنقت لفكرة سبب الطلب القضائى أساسا ميتافيزيقيا لايمكن تحديده . بل انها وقعت فى نفس الخطأ الذى وقع فيه الفقه قبل سنة ١٩٣٥. فهى قد نقلت البحث من تحديد وتعريف فكرة سبب الطلب القضائى ، إلى مجال آخر هو تحديد وتعريف فكرة المبدأ القانونى ، بقى أن نحدد أن هذه النظرية تتخذ لتعريف فكرة السبب أساسا قانونيا (١) .

٢٨٤ - ٢ - مدرسة الأستاذ بويرو : Boyreau

يرى هذا الفقيه أن سبب الطلب القضائى يمكن تعريفه بأنه : الواقعة المادية الأولية التى أثارت الطلب القضائى :

La cause de la demande est le fait matriel originaire qui provoque la demande dn justice. (٢)

ويقصد بالواقعة المادية فى نطاق هذا الرأى الواقعة التى تسبق أو تهيئ وتثير الطلب القضائى . ففى دعاوى المسئولية مثلا فإن هذه الواقعة المادية تتمثل فى الحادث أو الفعل الضار . وفى دعاوى اثبات النسب تتمثل الواقعة المادية فى فعل الإنجاب نفسه . وبناء على ذلك فإن وحدة أو تعدد الواقعة المادية هو الذى يجب أن يؤخذ فى الإعتبار لمعرفة هل هناك طلبات جديدة أم لا .

٢٨٥ - والواقع أن نظرية الأستاذ بويرو فى تحديدها لفكرة السبب قد تعرضت من جانبنا للنقد الشديد (٣) . وجوهر هذا النقد كان

---

(١) راجع : نبيل عمر . فكرة سبب الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف . ص ٤٨.

(٢) BOYREAU: op. cit. p. 80.

(٣) رسالتنا باللغة الفرنسية ص ٢٠٠ وما بعدها .

ينصب حول تحديد ماهو المقصود بالواقعة المادية الأولية . وقلنا أن الأمثلة التى يضربها هذا الفقيه لتحديد هذه الواقعة تفشل تماما فى التعريف بها .

فالأفكار تعرف بتحليلها الى عناصرها الأولية , وتحديد ميكانزم عملها ونطاق تأثيرها وأثرها على الأفكار المتصلة بها ، ولا تعرف بضرب الأمثال لها .

وقيام هذا الرأى باستبدال مصطلح السبب la cause ، بمصطلح الواقعة المادية le fait matériel . فإنه لم يقدم شيئا ذو قيمة فى هذا المجال. والواقع أن الأمثلة التى يضربها هذا الرأى تخلط خلطا فاحشا بين فكرة سبب الطلب القضائى ، ومجرد وسائل الدفاع Les moyens .

٢٨٦ - وبصدور قانون المرافعات الفرنسى الجديد اعتنق المشرع الفرنسى فى جوهر نصوصه فكرة السبب كما عرفها الأستاذ موتلسكى باعتبارها مجموعة العناصر الواقعية المولدة للحق المدعى به .

قبل أن نعرض لهذا التعريف يحسن بنا استبعاد بعض التعريفات غير الصحيحة التى أعطيت لفكرة سبب الطلب القضائى .

فهناك رأى يجب علينا استبعاده يرى أن سبب الطلب القضائى هو مجموع الظروف الواقعية المكيفة تكييفا قانونيا والتى تسند الإدعاء أمام القضاء ، وبهذا يدمج هذا الرأى مسائل الواقع مع تكييفها القانونى حين يتصدى لتعريف فكرة سبب الطلب القضائى (١) .

وسبب استبعادنا لهذا التعريف هو أن مسائل القانون يعلمها القاضى وعليه التزام بإعمالها ، ولايوجد مثل هذا الإلتزام على عاتق

---

(١) == HEBRAUD: Revue trimestrielle de droit civil , 1966. p. 126.

الخصوم .

فتكييفات الخصوم القانونية تبدو لنا مجرد مقترحات غير ملزمة للقاضى (١) .

٢٨٧ - وسبب الطلب القضائى كما نعرفه نحن هو مجموع الوقائع المولدة للحق الشخصى الذى يتمسك به الخصوم :

Le complexe des faits générateurs du droit réclamé (٢)

وتعريف السبب هكذا لايتضمن فى هيكله لا القاعدة القانونية ولا التكييف القانونى الذى قد يقترحه الخصوم لهذه الوقائع .

والواقع أنه من الخطأ اعتبار الواقعة قانونية ، بمعنى أن صفة القانونية هى صفة خارجية عن الواقعة المادية ذاتها ، فالأمر يتعلق بعنصر مادى يلحق به القانون نتائج ذات وصف قانونى (٣) .

وبناء على ذلك ، فإذا تمسك أحد الخصوم بقاعدة قانونية معينة بهدف اعمالها على وقائع النزاع ، فإن هذه القاعدة لاتكون عنصرا مميزا فى فكرة سبب الطلب القضائى . وعلاوة على ذلك فإن هذه القاعدة القانونية تظل دائما خارج فكرة السبب ولا تشكل عنصرا من عناصرها ،

= VINCENT : Précis. 1974. p. 455.
Gilli : op. cit. p. 20.
NORMAND: Le juge et le litge. p. 104 et s.

(١) راجع بالتفصيل مؤلفنا باللغة العربية ص ٨٠ حتى ٩٤ .

(٢) MOTULSKY: La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge. D. 1964. p. 235.

(٣) راجع الدراسة الواسعة التى قمنا بها للتمييز بين الواقع والقانون فى مؤلفنا : النظرية العامة للطعن بالنقض . ١٩٨٠. منشأة المعارف . ص ١٣٨-١٦٦ وما بعدها .

ومسلك الخصم حينئذ لايعدو أن يكون مجرد اقتراح لايلزم القاضى فى شئ (١) .

وبناء على ذلك فيكفى أن يقدم الخصوم الى القاضى مجموع الوقائع المولدة للحق المدعى به عارية من كل تكييف قانونى ، وحتى إن قاموا هم بهذا التكييف فهو غير ملزم للقاضى . وبعد ذلك فعلى القاضى من تلقاء نفسه ، أن يقوم بالبحث عن القاعدة القانونية التى تستجيب موضوعيا لوقائع النزاع وتترجم الحق الشخصى المدعى به والتى ينطبق مفترضها sa présupposition على سبب الطلب القضائى مفهوما على أنه مجموع الوقائع المادية المولدة للحق المدعى به .

هذا هو التعريف الواجب اعطاؤه لفكرة سبب الطلب القضائى ، وهو تعريف يخلص الفكرة من أية صبغة قانونية قد تصطبغ بها وتشكل بالتالى عقبة أمام اعمال القاضى لوظيفته القضائية .

فحسب مبدأ سيادة الخصوم ، فالنزاع والخصومة ملكا غير منازع فيه لأصحابها . وحسب مبدأ حياد القاضى ، فإنه يمتنع عليه القيام بأى تعديل من تلقاء نفسه فى أى عنصر من عناصر الطلب القضائى .

وحسب القاعدة اللاتينية الشهيرة jura Novit Curia فإن القاضى يعلم القانون وهو ملزم بتطبيقه ، ومخالفة ذلك يعرضه لجزاءات مدنية وجنائية .

وبناء على كل ذلك فإذا اعتبر سبب الطلب القضائى واقعة قانونية أو مبدأ قانونى ، أو وقائع مكيفة قانونا ، أو غير ذلك من الأفكار السابق لنا استعراضها ، فإن القاضى إذا وجد أن النزاع تحكمه قاعدة قانونية

---

(١) MOTULSKY: Prolégomenes pour un futur code. D. 1973. p. 270.

معينة غير التى تمسك بها الخصوم فإنه لن يستطيع اعمال هذه القاعدة ، لماذا ؟ لأنه يمتنع عليه تغير سبب الطلب القضائى . ماذا يفعل إذن ؟ يمتنع عن الحكم ! هنا يرتكب جريمة انكار العدالة . وإذا حكم على غير مقتضى اللون القانونى الذى حدده الخصوم هنا يقوم بتعديل السبب ! يظهر لنا إذا من كل هذا مدى المأزق الذى وقع فيه أنصار تعريف سبب الطلب القضائى بأنه فكرة قانونية [1]، لأن هذا التعريف يصطدم بشدة مع وظيفة القاضى الطبيعية فى أنه صاحب ولاية اعطاء التكييف القانونى لوقائع النزاع ، وأنه صاحب الولاية الوحيد فى إنزال حكم القانون على وقائع النزاع .

٢٨٨ - أما فيما يتعلق بالتمييز بين فكرة سبب الطلب القضائى وماقد يختلط به من أفكار أخرى ، فإن سبب الطلب القضائى بالتحديد السابق لنا بيانه يختلف عن وسائل الدفاع التى يتمسك بها الخصم فإذا كان السبب هو مجموع الوقائع المولدة للحق المدعى به ، فإن وسائل الدفاع هى الأدلة التى يستند اليها الخصم فى إثبات هذه الوقائع تأييدا لطلباتهم .

وسائل الدفاع هذه قد تكون وسائل قانون بحت Moyens de fait أو وسائل واقع Moyens de pur droit وقد تكون أخيرا وسائل مختلطة يمتزج فيها القانون بالواقع .

---

(١) ورغم ذلك فقد ذهب الأستاذ جاك ميجه إلى أن سبب الطلب القضائى هو واقعة أو وقائع مكيفة قانونا . وذلك فى رسالته فى :

MIGUET : Immutabilité et évolution du litige. Thèse. Toulouse. 1975. Dact. p. 50.

وقد انتقدنا بشدة وجهة نظره فى الباب الثالث من رسالتنا سالفة الذكر . راجع الترجمة العربية ص ١٩٠ وما بعدها .

وعلى ذلك فإذا كان القاضى يمتنع عليه تعديل سبب الطلب القضائى بالمعنى السابق لنا تحديده فمعنى ذلك أنه يمتنع عليه تغيير مجموع الوقائع التى يتمسك بها الخصوم كأساس لادعاءاتهم [١] .

وإذا تعلق الأمر بتطبيق قاعدة قانونية آمرة ، فإنه يجوز للقاضى من تلقاء نفسه اعمال هذه القاعدة ولو لم يتمسك بها الخصوم ، بشرط أن يتوافر مجموع الوقائع اللازمة لاعمال هذه القاعدة [٢] وفيما يتعلق بوسائل الدفاع القانونية ، فالقاضى عليه التزام بإعمالها من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك بها الخصوم [٣] .

أما فيما يتعلق بوسائل الدفاع الواقعية ، فالقاضى لايجوز أن يثيرها من تلقاء نفسه احتراما لحقوق الدفاع ، بمعنى أنه يشترط ألا يحكم بها القاضى إلا إذا وردت بصدد وقائع عرضت عليه وتم التحقيق فيها ونوقشت بواسطة الخصوم اعمالا لمبدأ المجابهة .

والواقع أن هناك علاقات متبادلة بين مسائل الواقع أو وسائل الواقع Les moyens de fait وفكرة سبب الطلب القضائى .

هذه العلاقات قد تؤدى فى ظروف معينة إلى تحول وسيلة الواقع هذه إلى سبب جديد للطلب القضائى ، يسند موضوعا جديدا لهذا الطلب مما يؤدى إلى طرح طلب جديد بسببه وموضوعه فى آن واحد ولأول مرة أمام محكمة الإستئناف ، وليس هنا مناقشة هذه المسائل شديدة التعقيد [٤].

---

(١) نبيل عمر . سبب الطلب القضائى . ٢٥٤.

(٢) ابراهيم سعد . ٥٧٤-٥٧٥.

(٣) نبيل عمر . المرجع السابق . ص ٢٥٥ .

(٤) راجع بالتفصيل : مؤلفنا فى سبب الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف . ص ٢٥٦ - ٢٧٠.

وكذلك المراجع المشار اليها فى هذا المجال .

المطلب الثانى

الطلب الجديد بسببه حين يطرح لأول مرة أمام محكمـة الإستئنـاف

٢٨٩ - تنص المـادة ٢٣٥ من قانون المرافعات المصرى فى فقرتها الأولى على القاعدة العامة فى تحريم ابداء الطلبات الجديدة حين تطرح لأول مرة أمام محكمة الإستئناف ويرد نصها على النحو التالى : " لاتقبل الطلبات الجديدة فى الإستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها "

وتنص المادة ٣/٢٣٥ على أن : " وكذلك يجوز مع بقاء موضـوع الطلب الأصلى على حاله تغيير سببه والإضافة اليه " .

وفى نفس المعنى فإن المادة ٥٦٥ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد الصادر سنة ١٩٧٦ تنص على القاعدة العامة فلاى تحريم ابداء الطلبات الجديدة لأول مرة امام محكمة الإستئناف . ومع ذلك فإن ذات هذه المادة تنص فى فقرتها الأخيرة على أن الطلب لايعتبر جديدا وان استند على اساس قانونى جديد طالما كان يهدف إلى التوصل إلى ذات غايات أو أهداف الطلب الأصلى الذى كان مطروحا على قاضى أول درجة ، والنص الفرنسى يسير على النحو التالى :

Les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge, même si leur fondement juridique est différent.

القاعدة العامة إذا ، فى كلا من قانون المرافعات المصرى والفرنسى هى تحريم ابداء الطلبات الجديدة ، بوجه عام ، إذا طرحت ، جدلا ، تكون غير مقبولة . وعدم القبول هذا يتعلق فى مصر بالنظام العام

كما تنص على ذلك المادة ١/٢٣٥. ومعنى ذلك أنه يجب على محكمة الإستئناف أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم القبول . وعلى العكس من ذلك فإن عدم قبول هذه الطلبات فى فرنسا لايتعلق بالنظام العام .

ودراسة فكرة الطلبات الجديدة بسببها حين تطرح لأول مرة أمام محكمة الإستئناف تقتضى منا ضرورة الرجوع إلى الأصول الفرنسية لهذه المسألة ، فكما سبق القول فإن المشرع المصرى قد أدخل هذه المسألة فى المادة ٣/٢٣٥ سنة ١٩٦٨ نقلا عن اقانون الفرنسى ، توضيح موقف القانون المصرى يقتضى بالضرورة الرجوع إلى أصله الفرنسى [١] .

٢٩٠ - كانت المادة ٤٦٤ من قانون المرافعات الفرنسى الصادر سنة ١٨٠٧ تنص على القاعدة العامة فى تحريم ابداء الطلبات الجديدة لأول مرة أمام محكمة الإستئناف . واستثناء من ذلك أجازت هذه المادة تقديم بعض الطلبات لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية . مثل طلب المقاصة القضائية .

وكان تعريف الطلب الجديد ينصب على تمييزه عن الطلب الأصلى عن طريق اختلاف واحد من عناصره المكونة ، فكان الطلب يعتبر جديدا إذا اختلف عن الطلب الأصلى من حيث الموضوع أو السبب أو الخصوم أو صفاتهم [٢]. ومع سيادة قاعدة تحريم ابداء الطلبات الجديدة فى الإستئناف ، فقد كان الإتفاق تاما على جواز ابداء وسائل الدفاع الجديدة والأدلة والحجج وأوجه المدافعة لأول مرة أمام محكمة الإستئناف.

---

(١) راجع فى كل التفاصيل . نبيل عمر . سبب الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف . منشأة المعارف . ص ١١٤ حتى ١٧٠.

(٢) GAUTHIER: Théorie des deux degrés de juridiction. Thèse. Paris . 1897. p. 56 et s.

والسبب فى ذلك يرجع إلى أن وسائل الدفاع هذه تعتبر حجج اضافية تضاف إلى ذات الإدعاءات السابق طرحها على أول درجة دون أى تغيير فى عناصر الطلب القضائى (١) .

وحاول الفقه الفرنسى بوسائل شتى التخفيف من جمود قاعدة تحريم ابداء الطلبات الجديدة فى الإستئناف ، فاقترح البعض اعتبار الطلب الذى يبنى على وقائع تالية لحكم أول درجة يمكن أن يطرح على محكمة الإستئناف لأول مرة دون أن يعتبر جديدنا ، واقترح البعض الآخر اعمال فكرة الطلبات الإحتمالية أو الضمنية الكامنة فى الطلب الأصلى les demandes virtuelles (٢) . وكان أساس تحريم الطلبات الجديدة يرجع إلى قاعدة التقاضى على درجتين ، التى رآها البعض متعلقة بالنظام العام (٣) ، بينما رآها البعض الأخر لاتتعلق بالنظام العام فى شئ . وحجة هذا الرأى تكمن فى أن النظام العام .لايهمه فى شئ أن يعرض نزاع شخص ما على درجتين من درجات التقاضى (٤) .

٢٩١ - وبصدور قانون ١٩٣٥ فى فرنسا عدلت المادة ٤٦٤، وأصبح من الجائز تقديم طلبات جديدة بسببها لأول مرة أمام محكمة الإستئناف ، ومع ذلك فإن صدر هذه المادة قد تضمن القاعدة العامة فى تحريم ابداء الطلبات الجديدة لأول مرة أمام محكمة الإستئناف .

ومعنى القاعدة العامة ، وكذلك معنى الإستثناء الوارد عليها ، هو أن الطلب لم يعد يعتبر جديدا إذا طرح لأول مرة امام محكمة

---

(١) GAUTHIER: op. cit. lec. cit.

(٢) CASS . CIV. 12/3/1989. D. 1889. I.177.

(٣) LOUIS CREMIEU: Prosédure civile. p. 416.

(٤) CREPON : L'appel. 1888. p. 240.

الإستئناف إلا إذا كان جديدا فـى موضوعـه ، أو فـى اشـخاصه ، أو فـى الصفات les qualités القانونية التى يتصف بها هؤلاء الأشخاص.

أما الطلب الجديد بسببه ، فهو حسب المادة ٤٦٤ المعدلـة بقـانون سنة ١٩٣٥ الوحيد المقبول استثناء من القاعدة العامة فى التحريم .

وبصدور هذا التعديل فى فرنسا ، انقسم الفقه الفرنسى على نفسـه بين مؤيد لهذا التعديل وبين معارض ، وأخـيرا وجـد فريـق محـايد يتخـذ موقفا معتدلا من هذا التعديل :

١ - ذهب الأستاذ بويرو إلى تأييد التعديل بلا حدود ، ورأى أن طائفة الطلبات الجديدة بسببها قد اصبح من الممكن طرحها لأول مرة أمـام محاكم الإستئناف ، وأن تعديل المادة ٤٦٤ يتضمن مبدأ الحريـة ، حريـة الخصوم فى تقديم طلبات مؤسسة على اسـباب جديـدة فـى الإسـتئناف (١) . ومع ذلك فإن هذه الحرية يرد عليهـا قيـد وحيـد ، هـذا القيـد نصـت عليـه المادة ٤٦٤ من قانون المرافعات الفرنسى ، فـالطلب الجديـد بسـببه يجـب أن يهدف إلى نفس غايات الطلب الأصلـى ، وأن يتولـد مباشـرة مـن هـذا الأخير (٢) .

وبناء على ذلك ، وإعمالا للحرية التى منحت للخصوم بنـاء علـى المادة ٤٦٤، فإنه أصبح من الممكن القول باختفاء طائفة الطلبات الجديـدة بسببها ، وأصبـح مـن الممكـن ايضـا المـرور مـن نظـام معيـن للمسـئولية والمطالبة بنظام مختلف لأول مرة أمـام محكمـة الإسـتئناف دون أن نكـون بصدد طلب جديد .

---

(١) BOYREAU: Thèse. précitée. p. 100 et s.

(٢) BOYREAU : op. cit. loc. cit.

٢ - وذهب اتجاه ثان فى الفقه الفرنسى إلى رفض التعديل الوارد على المادة ٤٦٤ برمته ، ويمثل هذا الإتجاه الأستاذ آزارد [1].

وأساس هذا الرأى هو أن المشرع الفرنسي أراد أن يتخلص من المشكلة المعقدة الخاصة بالتمييز بين سبب الطلب ، وأدلة أو وسائل الدفاع التى كانت تثير العديد من المشاكل قبل سنة ١٩٣٥. وذلك لأن الخصوم كانوا يقدمون طلبات جديدة بسببها لأول مرة أمام محكمة الإستئناف ، ويؤكدون أنها طلبات جديدة بوسائل دفاع Moyens de défense وكان التمييز بين السبب الجديد الممنوع ، ووسيلة الدفاع المقبولة فى الإستئناف ولو كانت جديدة ، يثير أشد درجات الدقة والغموض . أراد المشرع بتعديل المادة ٤٦٤ أن يتخلص من هذه المشكلة فأباح تقديم الطلب الجديد بسببه لأول مرة فى الإستئناف ، وبالتالى اصبح التمييز بين مايعد سببا ، ومايعد وسيلة Moyen ، مسألة عديمة الجدوى فى قانون المرافعات الفرنسى .

وهذا الإتجاه يأخذ على التعديل الجديد ايضا أنه يوجه ضربة قاصمة الى مبدأ ثبات النزاع ، لأن فى طرح مثل هذه الطلبات الجديدة لهو اخلال بمبدأ ثبات النزاع .

وينادى الأستاذ آزارد بأنه من الواجب تحريم الطلبات الجديدة بسببها ، وأكثر من ذلك ، فإنه يجب تحريم ابداء وسائل دفاع جديدة لأول مرة أمام محكمة الإستئناف ، والواقع أن هذا الرأى يعتنق مبدأ الثبات المطلق للنزاع أمام محكمة الإستئناف .

وعند اعداد رسالتنا للدكتوراه ، فإننا قد وجهنا شديد النقد الى موقف الأستاذ آزارد بصدد موقفه من إعطاء مبدأ ثبات النزاع مفهوما

---

(١) AZARD: Thèse. précitée. p. 70 et s.

جامدا [١]. فقد سبق القول أنـه يعتنق فكرة المبدأ القانونى كسبب للطلب القضائى . وسبق القول أنه يرى أن القواعد القانونية التى تندرج داخل هذا المبدأ القانونى تعتبر مجرد وسائل دفاع ، وبناء على ذلك من الممكن طرحها دون مشاكل أمام محكمة الإستئناف ، وهنا وحين ينادى هذا الفقيه بضرورة تحريم ابداء وسائل دفاع جديدة لأول مرة امام محكمة الإستئناف، فإنه يقع فى التناقض البين مع نفسه .

٣ - يرحب الرأى الثالث بالتعديل ويرى أنه لم يعد مفيدا التمييز بين فكرة السبب وفكرة وسيلة الدفاع ، فالأثنين أصبحا مقبولين ولو طرحا لأول مرة امام محكمة الإستئناف [٢] . ويرى هذا الإتجاه أنه إذا كان للخصوم تعديل السبب فى الإستئناف ، فإنه لايجوز للقاى القيام بذلك .

٢٩٢ - الطلبات الجديدة بسببها بعد تعديل قانون المرافعات الفرنسى سنة ١٩٧٦.

سبقت الإشارة إلى أن المادة ٥٦٥ من قانون المرافعات الفرنسى قد وضعت القاعدة العامة فى تحريم ابداء الطلبات الجديدة أمام محكمة الإستئناف .

كما سبقت الإشارة إلى أن ذات هذه المادة أجازت تقديم طلبات جديدة بسببها لأول مرة أمام محكمة الإستئناف .

فكأن المادة ٥٦٥ من قانون المرافعات الفرنسى مازالت سائرة فى ذات الإتجاه الذى انتهجه المشرع الفرنسى سنة ١٩٣٥ بتعديله المادة

---

(١) نبيل عمر . سبب الطلب القضائى . ص ١٢٩ .

(٢) CARUN et FOYER: op. cit. loc. cit.

CARBONNIER: La notion de cause de divorce. Revue trimestrielle du droit civil. 1937. p. 281.

٤٦٤، وإباحته تقديم طلبات جديدة بسببها لأول مرة أمام محكمة الإستئناف . ومع هذا فيجب أن نلاحظ أن المشرع الفرنسى فى قانون سنة ١٩٧٦ لم يستعمل اصطلاح " سبب الطلب " وإنما استخدم مصطلح : "الأساس القانونى للإدعاء " : le fondement juridique de la prétention .

كما أن المشرع الفرنسى اشترط لإمكانية تغيير هذا الأساس القانونى للإدعاء ، لأول مرة أمام محكمة الإستئناف ، أن يهدف أو يرمى الطلب الجديد إلى ذات غايات fins الطلب الأصلى الذى كان مطروحا أمام أول درجة .

ومن جهة أخرى فإننا نلفت النظر إلى أن المادة ٣/١٢ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد والوارد فى باب القواعد العامة ، تنص على أن القاضى ، أى قاضى ، يستطيع من تلقاء نفسه اثارة وسيلة القانون البحث من تلقاء نفسه ايا كان الأساس القانونى الذى تمسك به الخصوم . ويسير النص كالآتى :

Le juge peut relever d'office les moyens de pur droit quelque soit le fondement juridique invoqué par les parties.

وحقيقة الأمر ، وبالأخذ فى الإعتبار للمادة ٥٦٥ والمادة ٣/١٢ من قانون المرافعات الفرنسى الجديدة ، فإننا نريد أن نتساءل :

هل حقا يجوز ابداء طلب جديد بسببه لأول مرة أمام محكمة الإستئناف ؟ النصوص تقول نعم . ونحن نقول لا . لماذا ؟

لأن كل تغيير فى سبب الطلب القضائى يتضمن حتما تغييرا مقابلا وموازيا له فى موضوع هذا الطلب ، وبالتالى نكون إزاء طلب جديد

بسببه وبموضوعه فى آن واحد ، يطرح لأول مرة أمام محكمة الإستئناف، وهذا غير جائز .

ماهو إذن الأساس فيما نقول به ؟

الأساس فى ذلك يرجع فى رأينا إلى أن المشرع الفرنسى يستخدم مصطلحات فنية غير دقيقة للتعبير عن افكار قانونية فى منتهى الدقة .

فالمشرع فى فرنسا قد اعتنق لفكرة سبب الطلب القضائى مفهوما ماديا . فالسبب لديه هو مجموع الوقائع المولدة للحق المدعى عليه . وقد اثبتنا ذلك .

إذن ماهو المقصود بفكرة الأساس القانونى le fondement juridique التى تشير اليها المادة ٥٦٥ مرافعات فرنسى ، هل هى سبب الطلب ؟ لانعتقد ذلك . مصطلح الأساس القانونى هذا ورد بالإضافة للمادة ٥٦٥، ورد أيضا فى المادة ٣/١٢. واشار المشرع فى هذه المادة إلى أن القاضى يستطيع اثارة وسائل القانون البحت les moyens de pur droit أيا كان الأساس القانونى le fondement juridique الذى تمسك به الخصوم . وبمعنى آخر فإنه يجوز للقاضى أن يثير " من تلقاء نفسه " وسائل القانون البحت أيا كانت الوسائل القانونية التى تمسك بها الخصوم . فالأساس القانونى هو مرادف لوسيلة القانون البحت . وبالتالى فالمعنى الواجب اعطاءه لفكرة الأساس القانونى الواردة فى المادة ٥٦٥ من قانون المرافعات الفرنسى يجب أن يكون هو بعينه المعنى الذى يعطى لهذا المصطلح فى نطاق المادة ٣/١٢ من هذا القانون .

فكأن المشرع يقصد بالطلبات الجديدة فى الإستئناف تلك الطلبات التى تستخدم كأداة فنية لطرح وسائل الدفاع القانونية أمام محكمة

الإستئناف [١] .

ومن جهة أخرى ، فقد سبق لنا القول أن سبب الطلب القضائى يتكون من مجموع الوقائع المولدة للحق المدعى به ، فهو فكرة واقعية أو مادية غير مصطبغة بأى لون قانونى . وسبب الطلب القضائى بهذا المعنى يكون ملتحما Soudé بموضوع الإدعاء ذاته la préteention ، بحيث أن أى تغيير فى هذا السبب يؤدى حتما إلى تغيير مقابل وموازى فى موضوع ذات هذا الإدعاء . وبالتالى فالسماح بتعديل السبب يؤدى إلى تعديل الموضوع وهذا مالايجوز لأول مرة أمام محكمة الإستئناف .

والخلاصة التى يمكن لنا التوصل اليها من تحليل القانون الفرنسى السابق الإشارة اليها ومن تحليل المادة ٣/٢٣٥ من قانون المرافعات المصرى هى أن الذى يمكن تعديله لأول مرة أمام محكمة الإستئناف هو وسائل الدفاع القانونية ، دون أى تعديل فى سبب الطلب القضائى بالمعنى السابق لنا شرحه . وسنزيد هذه المسألة إيضاحا فيما يلى :

المطلب الثالث

تقدير الحلول التشريعية فى فرنسا ومصر بالنسبة للطلبات الجديدة بسببها حين تطرح لأول مرة أمام محكمة الإستئناف

٢٩٣ - من نصوص المواد ٥٦٥ فى قانون المرافعات الفرنسى، والمادة ٣/٢٣٥ من قانون المرافعات المصرى اتضح لنا فيما سبق استحالة تغيير سبب الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف ، دون أن يصحب ذلك تغييرا مماثلا فى موضوع هذا الطلب ، بحيث نكون ازاء

---

(١) نبيل عمر . سبب الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف . ص ١٤٠ وما بعدها.

طلب جديد بسببه وموضوعه في آن واحد أمام محكمة الإستئناف لأول مرة .

ومثال يوضح مانقوله .

بما أن سبب الطلب القضائى هو مجموع الوقائع المولدة للحق المدعى به ، فإنه إذا ادعى شخص أمام القضاء مجموعة وقائع مكونة للمسئولية التقصيرية وامتنع عن اعطاء أى تكييف قانونى لهذه الوقائع ، وهذا من حقه ، كما امتنع من جهة أخرى عن التمسك بأى قاعدة قانونية، وهذا أيضا جائز ، فإذا رفض طلبه لأى سبب أمام محكمة أول درجة ، فلنفرض أنه قد رفع استئناف ، وفى هذه المرحلة نفترض أن هذا الشخص قد عدل عن موقفه السابق ، وقام بادعاء مجموعة جديدة من الوقائع ، وكانت هذه الوقائع مختلفة عن الوقائع السابقة ، وتؤدى بحسب طبيعتها إلى توليد المسئولية التعاقدية ، وفى الإستئناف أيضا فإن هذا الشخص لم يتمسك لابتكييف معين ، ولا بقاعدة قانونية معينة .

ولكننا نعرف أن على قاضى الإستئناف أن يعمل القانون دون أن يطلب منه ذلك . وعليه اعمال التكييف القانونى السليم بغض النظر عن مسلك الخصوم بهذا الصدد .

وبناء على ذلك فإن القاضى يرفض هذا الإدعاء الجديد ، لأن الخصم حين قام فى الإستئناف بتقديم مجموعة وقائع جديدة ، مخالفة تماما للوقائع السابق طرحها أمام محكمة اول درجة ، فإنه بهذا لايكون قد عدل سبب الطلب القضائى فحسب ، وإنما عدل أيضا موضوع ذلك الطلب ، والواقع أن المسئولية التقصيرية تختلف عن المسئولية التعاقدية سببا وموضوعا .

وكل هذا من الممكن أن يقال بصدد المادة ٣/٢٣٥ من قانون

والواقع أن المسئولية التقصيرية تختلف عن المسئولية التعاقدية سببا وموضوعا .

وكل هذا من الممكن أن يقال بصدد المادة ٣/٢٣٥ من قانون المرافعات المصرى .

٢٩٤ - وإذا أردنا البحث عن فائدة المادة ٥٦٥ من قانون المرافعات الفرنسى ، أو المادة ٣/٢٣٥ من قانون المرافعات المصرى فإننا لانجد لهذه المواد أى فائدة تذكر . فهما بنيان تشريعى فاسد يهدم قاعدة التقاضى على درجتين من اساسها - لأن فى طرح طلب جديد بسببه ، هو فى ذات الوقت سماح بطرح طلب جديد بموضوعه ، وبالتالى تحويل محكمة الإستئناف إلى محكمة أول درجة .

وإذا كانت المادة ٣/٢٣٥ من القانون المصرى تشترط لامكانية تغير السبب بقاء موضوع الطلب الأصلى على حاله . وإذا كانت المادة ٥٦٥ من القانون الفرنسى تشترط لإمكانية تغيير الأساس القانونى أن يهدف الطلب الجديد إلى ذات غايات الطلب الأصلى . فإن هناك صعوبة جديدة تثور بصدد تحديد المقصود " بموضوع الطلب القضائى " .

هذه المسألة نتناولها بالتحليل اللازم فى المبحث الثانى من هذا الفصل .

ولامانع من الإشارة إلى أن بعض الفقه يرى فى فرنسا أن الطلب يعتبر هادفا لنفس الغاية التى يهدف اليها الطلب الأصلى إذا أمكن القول أن هذا الطلب الجديد كان يوجد من قبل ولو بأصله فى ثنايا الطلب الأصلى(١)

---

(١) GIVERDON: Note sous civil. 15 oct. 1975. D. 1976, p. 57.

لنا استعراضها والتى وجدت للتخفيف من حدة الثبات المطلق لقاعدة تحريم ابداء الطلبات الجديدة قبل تعديل سنة ١٩٣٥ فى فرنسا .

ومن جهة أخرى فإن البعض يرى أن غاية الطلب القضائى أو موضوعه تدور حول فكرة النتيجة التى يهدف اليها هذا الطلب .

وفى هذا الصدد يمكن القول أن الطلب يهدف إلى نفس غايات طلب سابق ، حتى ولو نتج من ادعاءات جديدة ، طالما كان هذا الطلب الجديد متصلا بالطلب السابق assortie de la demande .

ومن جهة أخرى يرى البعض أن الإدعاء الجديد الذى لايقطع وحدة النزاع l'unité du litige لايمكن اعتباره جديدا (١) .

وأيا ماكان الأمر فإننا لانتجاوز الحقيقة إذا قلنا أن النصوص التشريعية التى تتعلق بتغيير سبب الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف ليست لها أية فائدة .

---

(١) نبيل عمر . المرجع السابق . ص ١٨٥ والمراجع المشار اليها .

المبحث الثانى

الطلبات الجديدة بموضوعها وتحريم ابدائها لأول مرة أمام محكمة الإستئناف

٢٩٥ - للإستئناف أثر ناقل سبق تحديده . طرح طلبات جديدة بموضوعها لأول مرة أمام محكمة الإستئناف يخالف هذا الأثر ويشكل خرقا لقاعدة التقاضى على درجتين . وسبق لنا بيان ارتباط موضوع الطلب القضائى بسببه وسنزيد ذلك غيضاحا فيما بعد .

ويهمنا الآن استعراض موجز لفكرة موضوع الطلب القضائى وهذا ما نتناوله فى مطلب أول .

ونبين فى مطلب ثان أساس تحريم ابداء طلبات جديدة بموضوعها أمام محكمة الإستئناف لأول مرة .

وفى مطلب ثالث وأخير نعرض للأدوات الفنية التى تهدر قاعدة تحريم ابداء طلبات جديدة بموضوعها لأول مرة فى الإستئناف .

وإلى تفصيل هذه المسائل .

المطلب الأول

تحديد موضوع الطلب القضائى

٢٩٦ - موضوع الطلب القضائى يتحدد بمجموع ادعاءات الخصوم - هذه الإدعاءات prétentions تتحدد بالطلبات التى تتخذ ردا عليها .

وبناء على ذلك فإن موضوع الإدعاء l'objet de prétention يخضع للتعديل بواسطة الطلبات العارضة حين توجد صلة بينها وبين

الطلب الأصلى [١] .

ويجمع الفقه على أن موضوع الطلب القضائى يتكون من عنصرين :

العنصر الأول هو عنصر قانونى élément matériel أى محل الحق المطالب به objet du droitréclamé ، وهو يتكون فى معظم الحالات من شئ chose بالمعنى العام لكلمة شئ [٢] .

وهذا العنصر الأخير من عناصر موضوع الطلب القضائى يمكن أن يكون شيئا غير ماديا ، كأن يكون تعويضا عن ضرر معنوى مثلا .

وموضوع الطلب القضائى يخضع لمجموعة عوامل تؤدى إلى تعديله .

هذا التعديل قد ينصب على العنصر المادى أو على العنصر القانونى .

ونعالج فيما يلى التعديلات الواردة على هذه العناصر أمام محكمة أول درجة وأمام محكمة الإستئناف .

١ - التعديلات الواردة على العنصر المادى لموضوع الطلب القضائى . بافتراض أن ادعاء الشخص لايرد إلا على شئ مادى ، فإن انقاص المطلوب أمام محكمة أول درجة لن يحدث إلا فائدة للخصم الآخر.

---

(١) DU RUSQUES et PERROT: Les conclusion d'appel et l'immutabilité du litige. Gaz. pal. p. 5 et s.
BLANC: Principes généraux de la nouvelle procédure civile. j.c.p. 1973. II No. 2559.

(٢) MARTIN : Le fait et le juge. j.c.p. 1974. No. 2625.

فالطلب القضائى يكون موضوعه قد اصبح اقل مما سبق عرضه وطلبه أمام أول درجة دون أن يوجد أى تاعديل آخر فى أى عنصر من عناصر الطلب القضائى . فمدى الخسارة التى كان من الممكن أن يتحملها المدعى عليه قد اصبح أقل مما كان فى أول درجة . فالموضوع قد اصبح اقل فى نطاقه دون أن يتغير تغيرا كاملا .

والفرض العكسى ، أى فرض زيادة الموضوع فى جانبه المادى هو فرض متصور أيضا . وبناء على هذه الزيادة فإن مركز المدعى عليه يكون معرضا لخطرا احتماليا فيما إذا خسر دعواه . فهو فى هذه الحالة سيكون ملتزما بأكثر مما توقعه فى أول درجة بفرض أن التغيير هنا يحدث أمام محكمة الإستئناف .

هذه الزيادة تعرض للخطر الحماية التى يكفلها مبدأ التقاضى على درجتين ، نظرا لأن هذا الجزء من الزيادة سوف يعرض لأول ولآخر مرة أمام محكمة الإستئناف .

وبالنسبة لملحقات الشئ المطالب به أمام القضاء les accessoires يرى البعض أن ملحقات الشئ الأصلى التى تضاف اليه لاتعدو أن تكون تطويرا لذات الشئ أى امتدادا للشئ السابق طلبه ، بمعنى أن هذه الملحقات لاتشكل تعديلا أو تغييرا فى الموضوع . والسبب فى ذلك هو أنها كانت موجودة من قبل فى داخل الشئ المطلوب ثم لم يحدث التعبير عنها إلا فى مرحلة تالية من مراحل المطالبة القضائية .

ويعتبر البعض أن ملحقات الشئ الجائز اضافتها اليه تعد متصلة بذات الشئ المطلوب ، وتعتبر اضافتها اليه أمر طبيعى وخارج عن ارادة الخصوم [1] .

---

(1) = AZARD: Op. cit. p. 11.

وعلى ذلك فإننا نخلص من هذا العرض إلى أن تعديل العنصر المادى للموضوع يعد غير مقبولا أمام محكمة الإستئناف فيما لو طرح عليها لأول مرة ، وكانت هذه الزيادة راجعة إلى رغبة الخصوم وإرادتهم.

٢ - التعديلات الواردة على العنصر القانونى لموضوع الطلب القضائى :

سوف نقتصر فى هذا المجال على معالجة التعديلات التى ترد على العنصر القانونى بصدد طائفة الحقوق العينية ، حيث أن إمكانية فصل العنصر القانونى عن محله المادى تتبدى بوضوح فى هذه الطائفة من الحقوق .

ومن الثابت إمكانية القول بوجود شئ من التدرج يشمل مختلف الحقوق العينية التى من الممكن أن ترد على الشئ المادى .

فحق الملكية مثلا هو اول الحقوق العينية وأكملها من حيث السلطات التى يخولها لصاحبها ، فهو يسمح لصاحبه بممارسة جميع المكنات الكامنة فيه . وينتج عن هذا فى صحيح النظر أن جميع الحقوق العينية الأخرى تعتبر مجرد تفتيت أو تجزئة لعناصر حق الملكية .

وفيما يتعلق بموضوع هذه الدراسة فإن المطالبة بأى حق عينى آخر غير حق الملكية ، بعد المطالبة بحق الملكية ، فإن ذلك يعد تقييدا للطلب الأصلى الوارد على حق الملكية والذى شمله الطلب الأصلى .

ويرى الأستاذ " لابورد لاكوست " أن حق الرقبة يعتبر واحدا من

= LACOSTE: la chose jugée . P. 110.
BOYREAU: Op. cit. p. 60 et s.

عناصر حق الملكية . بينما حق الملكية المفرزة وحق الملكية الشائعة يشكلان حقين مختلفين [١] .

والسؤال الآن يدور حول إمكانية استبدال أحد الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية ، بحق آخر من نفس النوع ؟ أى هل يمكن استبدال حق الإنتفاع بحق الإرتفاق أو العكس . أو حق الإستعمال بحق السكنى والعكس وذلك لأول مرة أمام محكمة الإستئناف ؟

يرى الأستاذ " آزارد " أنه ليست هناك صعوبة فى استبدال حق الإستعمال بحق السكنى وذلك لأول مرة أمام محكمة الإستئناف .

فهذه الحقوق تعتبر فى واقع الأمر مجرد قيد يقيد من مدى حق المنتفع .

وبالإضافة إلى ذلك فإن هذا الإستبدال لايشكل فى واقع الأمر طلبا جديدا يطرح لأول مرة أمام محكمة الإستئناف فيما يتعلق بالموضوع [٢] .

والذى نريد توضيحه بدقة فى نهاية هذا المطلب هو :

يجب أن يؤخذ فى الإعتبار بصدد أى تعديل يراد اجرائه على موضوع الطلب القضائى لأول مرة أمام محكمة الإستئناف عدة عوامل تتعلق بوحدة أو اختلاف النظام القانونى للحقوق المراد استبدالها أو تعديلها. ويقصد بالنظام القانونى ، الهيكل العام الذى يحكم مختلف هذه الحقوق من حيث شروط نشأتها وتكوينها وآثارها وانقضائها . وعلى هذا نكون قد انتهينا من تعريف موضوع الطلب القضائى .

---

(١) لاكوست . المرجع السابق . ص ١٠٩.

(٢) آزارد . المرجع السابق . ص ١٩ .

المطلب الثانى

أساس تحريم ابداء الطلبات الجديدة بموضوعها لأول مرة أمام محكمة الإستئناف

٢٩٧ - يرجع أساس قاعدة منع ابداء طلبات جديدة بموضوعها أمام محكمة الإستئناف لأول مرة إلى نظام الطعن بالإستئناف ذاته . فسبق القول أن هذا النظام يرمى إلى ضمان حسن سير العدالة . وذلك عن طريق كفالة فحص مزدوج لذات النزاع . بمعنى أن النزاع الواحد يطرح أمام محكمة أول درجة فإذا صدر فيه حكم لم يرض الخصوم ، فقد أجاز المشرع الطعن فى هذا الحكم بالإستئناف لكى يفحص مرة ثانية بواسطة قضاة آخرين .

حسن سير العدالة هذا ، الذى يقوم عليه نظام الطعن بالإستئناف يتخذ اشكالا متعددة فى السياسة التشريعية . فقد ينظر اليه من خلال الوظيفة التى يقوم بها نظام الطعن بالإستئناف على أساس أن الإستئناف هو وسيلة اصلاح قضاء أول درجة . وقد ينظر اليه على أساس أن الإستئناف يرمى أيضا إلى انهاء النزاع بأكمله أمام محكمة الدرجة الثانية دون حاجة للرجوع مرة ثانية أمام قاضى أول درجة ، ولذلك قد ترسم السياسة التشريعية العديد من الأدوات الفنية التى تكفل تجميع كافة عناصر النزاع لأول مرة أمام محكمة الإستئناف ، وذلك حتى يمكنها حسم النزاع مرة واحدة . أيا ماكان الأمر فإن النظام القانونى للطعن بالإستئناف ، ليس فى هيكله التقليدى مايسمح بطرح طلبات جديدة بموضوعها لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية .

فالأثر الناقل للإستئناف لايحتوى فى مضمونه على مثل هذه الطلبات . فالطلب الجديد بموضوعه لم يطرح على أول درجة ، ولم

يصدر بصدده حكم ، ولم يطعن فى هذا الحكم بالإستئناف . طرح مثل هذا الطلب لأول مرة أمام محكمة الإستئناف يحولها ببساطة إلى محكمة أول درجة .

ومن جهة أخرى فإنه قد سبق القول أن نظام الطعن بالإستئناف هو الأداة الفنية التى تؤدى إلى اعمال مبدأ التقاضى على درجتين .

ولاشك أن طرح طلبات جديدة لأول مرة بموضوعها أمام محكمة الإستئناف يفقد نظام الإستئناف فعاليته فى " تشغيل " مبدأ التقاضى على درجتين . ومع ذلك فإن استعراضنا التالى للأدوات الفنية التى تهدر قاعدة تحريم ابداء طلبات جديدة بموضوعها لأول مرة أمام محكمة الإستئناف سوف يوضح لنا أهمية التساؤل الذى سبق لنا طرحه حين تساءلنا عن وظيفة الطعن بالإستئناف فى الوقت الحالي . وبالإضافة إلي ذلك فإن الوجه الجديد الذى يظهر به نظام الطعن بالإستئناف فى الأونة الأخيرة وفى نطاق قانون المرافعات الفرنسى ، والذى بمقتضاه اصبح هذا الطريق من طرق الطعن هو وسيلة الخصوم فى إنهاء النزاع مرة واحدة وبصفة نهائية أمام محكمة الإستئناف ، حتى ولو تطلب الأمر التقدم بموضوع جديد لأول مرة ، أو اقحام أشخاص جدد لأول مرة فى خصومة الإستئناف .

تحريم ابداء الطلبات الجديدة بموضوعها فى الإستئناف يستند إذا فى اساسه الفلسفى الى الأثر الناقل للطعن بالإستئناف . ويستند أيضا الى قاعدة التقاضى على درجتين .

ننتقل الأن إلى المطلب الثالث والأخير من هذا المبحث .

المطلب الثالث

الأدوات الفنية التى عن طريقها يمكن اهدار قاعدة تحريم ابداء الطلبات الجديدة بموضوعها فى الإستئناف

٢٩٨ - تتصور السياسة التشريعية العديد من الأدوات الفنية التى عن طريقها يمكن طرح طلبات جديدة بموضوعها لأول مرة أمام محكمة الإستئناف .

فقد ينص المشرع على جواز ابداء طلبات جديدة بموضوعها لأول مرة أمام محكمة الإستئناف . ومن جهة أخرى فقد تطرح طلبات جديدة بموضوعها نتيجة لاختصام أشخاص جدد فى خصومة الطعن بالإستئناف، ويتصور ذلك فى التشريع الفرنسى مثلا الذى يجيز اختصام اشخاص من الغير لأول مرة أمام محكمة الإستئناف بهدف الحكم عليهم بطلب ما إذا تطور النزاع بشكل يؤدى إلى السماح بهذا الإختصام .

ومن جهة أخرى ، فقد تؤدى بعض الأدوات الفنية إلى توسيع نطاق الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف من حيث الموضوع ، بحيث يؤدى استخدام معين لهذه الأدوات الفنية ، الموجودة داخل النظام القانونى للطعن بالإستئناف ، إلى توسيع الأثر الناقل للإستئناف من حيث الموضوع .

ومن جهة أخرى أيضا ، فإن إرادة الخصوم قد تقوم بتوسيع الأثر الناقل للإستئناف من حيث الموضوع فى بعض الحالات كما سوف نرى من بعد .

نتناول هذه المسائل إذن فى الفروع التالية :

١ - الفرع الأول : النصوص القانونية التى تسمح بإبداء طلبات جديدة بموضوعها لأول مرة فى الإستئناف .

٢ - الفرع الثاني : تدخل واختصام الغير لأول مرة في الإستئناف وأثره على موضوع الطلب القضائي .

٣ - الفرع الثالث : الإستئناف المقابل ، والإستئناف الفرعي ، والإستئناف الموجه من مستأنف عليه إلى مستأنف عليه آخر وأثر كل ذلك على موضوع الطلب القضائي أمام محكمة الإستئناف .

٤ - الفرع الرابع : دور إرادة الخصوم في التأثير على موضوع الطلب القضائي أمام محكمة الإستئناف .

وننتقل الآن إلى معالجة هذه المسائل بالتفصيل اللازم .

الفرع الأول

النصوص القانونية التي تسمح بإبداء طلبات جديدة بموضوعها لأول مرة أمام محكمة الإستئناف

٢٩٩ - تنص المادة ٢/٢٣٥ من قانون المرافعات المصري بعد أن وضعت القاعدة العامة في تحريم ابداء الطلبات الجديدة لأول مرة أمام محكمة الإستئناف على أنه : " ومع ذلك يجوز أن يضاف الى الطلب الأصلي الأجور والفوائد والمرتبات وسائر الملحقات التي تستحق بعد تقديم هذه الطلبات " .

كما نصت المادة ذاتها في فقرتها الأخيرة على أنه : " ويجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات إذا كان الإستئناف قد قصد به الكيد " .

سبق القول أنه لايجوز تقديم طلبات جديدة بموضوعها لأول مرة أمام محكمة الإستئناف ، كما سبق لنا بيان الأساس في ذلك .

أما ماتنص عليه المادة ٢٣٥/٢،٤ من طلبات يجوز طرحها لأول مرة فى الإستئناف فإنه يحتاج للتوضيح التالى . فهذه الطلبات تقدم بين نفس الخصوم أمام محكمة الدرجة الثانية والسابق تمثيلهم أمام محكمة أول درجة ، فلا توجد جدة فى الطلب من ناحية الأشخاص أو صفاتهم القانونية .

أما من ناحية سبب هذه الطلبات ، فإننا نرى أن الطلبات الواردة فى المادة ٢٣٥/٢ تقوم على ذات السبب الذى قام عليه الطلب الأصلى الذى صدر فيه الحكم المطعون فيه بالإستئناف . فهذه الطلبات تقوم على مجموع الوقائع المولدة للحق المدعى به ، وهذا هو تعريف سبب الطلب القضائى الذى خلصنا اليه . أما من جهة موضوع الطلب ، فإننا لانرى فى هذه الطلبات أنها تحمل أو تطرح موضوعا جديدا . فطلب اضافة الأجور والفوائد والمرتبات وسائر الملحقات التى تستحق بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى ، هذا الطلب يتضمن زيادة فى موضوع الطلب الأصلى ، وإنما هذه الزيادة لابد لطالبها فيها . فهى طلبات كانت كامنة فى الطلب الأصلى وتعتبر تابعة له . وبالإضافة لذلك فالطلب الأصلى قد طرح أمام محكمة أول دردة وصدر فيه حكم ، ولم يكن من الممكن طلب هذه الأمور أمام محكمة الدرجة الأولى لأنها لم تكن مستحقة حينذاك (١) .

والأمر بصدد المادة ٢٣٥/٢ يقتصر على الملحقات التى تستحق

---

(١) فتحى والى . ص ٦٠٤.
- عبدالباسط جميعى . مبادئ المرافعات . ص ٦٤٩.
- العشماوى . ص ٩١٥ .
- ابو الوفا . التعليق . ص ٧٠٤.
- أبو الوفا . المرافعات . ط ١٢ . ص ٧٧٧.

بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة أول درجة ، فلا يجوز أن يطرح لأول مرة فى الإستئناف طلب فوائد أو ملحقات أخرى مستحقة قبل هذا [١] ويلاحظ أن هذه الملحقات يجوز طلبها لأول مرة فى الإستئناف ولو استحقت قبل صدور الحكم المطعون فيه بالإستئناف [٢] ، ولم يطلبها صاحب الشأن أمام محكمة أول درجة .

والواقع أن فى عدم جواز تقديم هذه الملحقات لأول مرة امام محكمة الإستئناف يؤدى إلى وجوب رجوع أصحاب المصلحة إلى محكمة أول درجة بعد صدور الحكم لطرح مثل هذه الطلبات أمامها ، وهذا يتنافى مع مبدأ الإقتصاد في الإجراءات ، ويتنافى أيضا مع فكرة أن هذه الملحقات كانت كامنة ومؤسسة ومرتبطة بالطلب الأصلى [٣] . والواقع أيضا أن محل الطلب الخاص بالملحقات لايختلف فى موضوعه أمام محكمة الإستئناف عن الطلب الأصلى [٤] .

ومع كل ذلك يرى البعض أن مثل هذه الطلبات الواردة فى المادة ٢/٢٣٥ تعتبر طلبات جديدة ولكن المشرع أجاز طرحها استثناء على محكمة الإستئناف لأول مرة ، وشرحنا السابق يدحض هذا الرأى [٥] .

٣٠٠ - وتنص المادة ٢/٢٣٥ ايضا على جواز تقديم طلبات لأول مرة فى الإستئناف بما يزيد من التعويضات بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة أول درجة . وهذه الطلبات تقدم بين نفس الخصوم فلا توجد جدة فى الطلب من حيث العنصر الشخصى . وهذه الطلبات.

---

(١) فتحى والى . ص ٦٠٤.

(٢) العشماوى . ص ٩١١ .

(٣) فتحى والى . ص ٦٠٥.

(٤) نقض مدنى ١٩٦٦/٥/١٢ . مجموعة النقض س ١٧. ص ١١٢١.

(٥) أبو الوفا ، المرافعات ، ص ٧٨١.

تفترض أن يكون الطلب الأصلى السابق طرحه أمام أول درجة هو طلب تعويض أيا كان نوعه أو سببه ، ثم يضاف إلى هذا الطلب ولأول مرة فى الإستئناف طلبا آخر يهدف إلى زيادة هذا التعويض بسبب تفاقم الضرر الذى حدث من نفس الواقعة (١) .

فطلب زيادة التعويض إذا يقوم على نفس السبب الذى يقوم عليه الطلب الأصلى . ومن ناحية موضوعه فهذا الموضوع سبق طرحه أمام أول درجة . وكل ماهنالك أن هناك تفاقم فى الضرر أدى إلى المطالبة بزيادة فى التعويض . هذه الزيادة لاترجع لإرادة الأطراف ، بل هى تستند على ذات السبب الذى استند اليه الطلب الأصلى . وبناء على ذلك لايجوز المطالبة بتعويض لأول مرة فى الإستئناف بناء على واقعة جديدة حدثت بعد حكم أول درجة (٢) .

ولعل التأمل فى نص المادة ٢/٢٣٥ بصدد مسألة التعويض هذا يدل بصورة واضحة على مدى تخبط المشرع المصرى بصدد فكرة سبب الطلب القضائى ، فلو أننا أخذنا نص المادة ٣/٢٣٥، الذى يجيز ابداء طلبات جديدة بسببها فى الإستئناف ، فى الإعتبار لكان من الممكن طرح طلب تعويض جديد بناء على واقعة جديدة . ولكن ، وكما سبق القول ، فإن تغير السبب بهذا المعنى يؤدى إلى تغير موازى فى الموضوع بحيث نكون إزاء طلب جديد بسببه وبموضوعه فى آن واحد (٣).

ومن جهة أخرى فإن من شأن إعادة الدعوى إلى محكمة الإحالة بعد نقض الحكم أن يعود الخصوم بالنسبة للجزء المحكوم بنقضه إلى

---

(١) فتحى والى . ص ٦٠٥.

(٢) فتحى والى . ص ٦٠٥ .

(٣) نقض مدنى ١٩٥٧/١١/١٤. مجموعة النقض س ٨ ص ٧٨٣.

ماكانوا عليه قبل إصدار الحكم المنقوض ، فيكون لهم أن يسلكوا أمام محكمة الإحالة من مسالك الطلب إلى ماكان لهم قبل اصدار الحكم الذى طعن فيه ، ومن ثم فلهم أن يضيفوا إلى طلباتهم الأصلية ما أجاز لهم القانون اضافته فى الإستئناف مما يزيد من التضمينات بعد صدور الحكم المستأنف (١) .

٣٠١ - ومن جهة أخرى تنص المادة ٤/٢٣٥ على أنه : "ويجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات إذا كان الإستئناف قد قصد به الكيد" .

وهذا نص مستحدث ظهر لأول مرة فى القانون الصادر سنة ١٩٦٨. وهذا الطلب يعتبر فى صحيح النظر طلبا جديدا بسببه وبموضوعه . وهذا الطلب لم يكن من المتصور طرحه أمام محكمة أول درجة ، لأن الضرر المطلوب التعويض عنه لم يحدث إلا بسبب الطعن بالإستئناف فى الحكم الصادر من أول درجة .

ولاشك أنه يعتبر طلبا مرتبطا بالطلب الأصلى المطروح أمام محكمة الإستئناف ، ففكرة الإرتباط إذا هى التى تبرر طرح هذه الطلبات لأول مرة أمام محكمة الإستئناف . وطلب التعويض هذا لابد أن يبنى على أساس رفع الإستئناف الكيدى ، سواء كان استئنافا أصليا أو استئنافا مقابلا.

وحكم فى هذا الصدد بأن حق الإلتجاء الى القضاء هو من الحقوق التى تثبت للكافة فلا يكون من استعمله مسئولا عما ينشأ من استعماله من

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٣/٤/١١ مجموعة النقض . س ١٤ . ص ٥٢٠.
- نبيل عمر . النظرية العامة فى الطعن بالنقض . ط أولى س ١٩٨٠. منشأة المعارف بالاسكندرية . ص ٤٢٠ وما بعدها .

ضرر للغير إلا إذا انحرف بهذا الحق عما وضع له واستعمله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير (١) .

وحكم أيضا بأن المستأنف يكون ملزما بالتعويض لرفعه استئنافا غير مبنى على اعتبارات جدية متى كان حكم محكمة الدرجة الأولى قد جاء واضحا فى تحديد وتقدير حقوق كل خصم (٢) .

والمستأنف عليه هو الذى يقع على عاتقه عبء اثبات الكيد . ومجرد ابداء المستأنف أسبابا للإستئناف يخفق فى إثبات صحتها لايدل بذاته على أنه قد قصد بالإستئناف الكيد (٣) . وتقدير الكيد يترك لاطلاقات المحكمة (٤) . وإذا تعدد من وجه الإستئناف الكيدى جاز الحكم عليهم جميعا بالتضامن فى التعويضات عملا بالمادة ١٦٩ من القانون المدنى .

هذه هى الأدوات الفنية التى نص عليها المشرع صراحة فى المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات لتعديل نطاق الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف . وفى جميع الأحوال التى ينص المشرع صراحة فيها على جواز ابداء طلبات جديدة فى الإستئناف لأول مرة فإن ذلك يعتبر منه اهدارا لقاعدة التقاضى على درجتين تبرره اعتبارات مختلفة .

وفى القانون المصرى فإنه لايجوز ابداء طلبات عارضة أمام محكمة الإستئناف . وعلى ذلك لايجوز المطالبة بالمقاصة القضائية لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية لأنها لايجوز ابدائها إلا بطلب عارض (٥).

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٩/٣/٢٠ مجموعة النقض . س ٢٠. ص ٤٥٨.
(٢) نقض مدنى ١٩٦٩/١١/١٧ مجموعة النقض . س٢٠. ص ١٢٤٢.
(٣) نقض مدنى ١٩٦٩/٧/٣ مجموعة النقض . س ٢٠. ص ١١٠١.
(٤) نقض مدنى ١٩٦٤/١٠/٢٢ مجموعة النقض . س ١٥. ص ٩٨٧.
(٥) نقض مدنى ١٩٦٩/٦/١٧ . مجموعة النقض. س ٢٠ . ص ٩٩٦.
- نقض مدنى ١٩٦٨/٢/٢٢. مجموعة النقض . س ١٩ . ص ٣٤٥.

ووفقا للمادة ٢٣٢ مرافعات فإن الإستئناف ينقل الدعوى بحالتها التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الإستئناف فقط .

والأثر الناقل للإستئناف فى نطاق المادتين ٢٣٢ و ٢٣٣ مرافعات يقصد به : أنه يترتب على رفع الإستئناف أثران هامان :

الأول : هو خروج النزاع من سلطة محكمة أول درجة بالنسبة إلى مافصلت فيه ، فلا تملك أن تعيد النظر فى حكمها ولو لإيضاح غموض أو إصلاح خطأ مادى بمالايندرج ضمن حكم المادتين ١٩١ - ١٩٢ مرافعات . وتنتهى ولايتها بالنسبة لموضوع النزاع ولو كان الحكم الصادر فيها اقتصر على قبول دفع موضوعى ، فلا يجوز العودة اليها ولو باتفاق الخصوم فى شأن مافصلت فيه على النحو السالف .

الثانى : نقل النزاع إلى محكمة الدرجة الثانية فى حدود مارفع عنه الإستئناف ، بكل ما ابداه الخصوم بشأنه من طلبات وأسباب أو دفوع ودفاع ، وماقدموه فى هذا الصدد من أدلة ، وما يقدمونه من ذلك كله أمام المحكمة الإستئنافية . بحيث لاتقتصر مهمة محكمة الإستئناف على مراقبة سلامة الإجراءات التى اتبعتها محكمة أول درجة أو عدم خروجها على القانون ، وإنما هى تجاوز ذلك إلى إعادة بحث النزاع وتقدير الأدلة المقدمة من الخصوم ، فيكون عليها بعد تناول جواز وقبول الإستئناف ، أن تتصدى للفصل فى كل عناصر النزاع الواقعية والقانونية ، سواء ماكان مطروحا منها أمام محكمة أول درجة ، أو مايقدم اليها مباشرة فى حدود نطاق الأثر الناقل الذى سنعرض له [1].

---

(١) نقض مدنى ١٩٨٦/١٢/٢٢. ط ١٨٠٦ س ٥١ ق .
- نقض مدنى ١٩٨٤/٣/٢٩ . ط ٨٢٥ س ٥٠ ق .

وواجب محكمة الإستئناف هو التصدى للفصل فى النزاع بكافة عناصره الواقعية والقانونية ، فلا تقف وظيفة محكمة الإستئناف عند مراقبة سلامة الإجراءات أمام محكمة أول درجة أو مدى جواز التعقيب على سلطتها فى فهم الواقع أو تطبيق القانون . وإنما هى تجاوز ذلك إلى إعمال رقابتها على محكمة أول درجة من حيث العناصر الواقعية والقانونية جميعها حتى فيما يدخل فى السلطة التقديرية لقاضى الموضوع لأن مهمتها لاتقتصر على محاكمة الحكم المستأنف كمحكمة النقض ، وإنما يعد النزاع مطروحا عليها لتفصل فيه من جديد بمجرد رفع الإستئناف .

ومن ثم تكون قد تخلت عن مهمتها إذا اكتفت بالقول بأن استخلاص محكمة أول درجة للواقع فى الدعوى ، أو تقديرها لأقوال الشهود أو أعمال الخبرة أو إعمال سلطتها فى توقيع الجزاء الإختيارى لها إنما وقع فى حدود سلطتها الموضوعية . بل يجب عليها أن تسلط رقابتها على أعمال محكمة أول درجة لسلطتها التقديرية ، فإن رأت سلامته ثبتت هى هذا التقدير بحيث يكون تقديرها هى وليس تقدير محكمة أول درجة الذى أدى إلى رفض النعى ، وذلك كله بطبيعة الحال مع التزام نطاق الأثر الناقل للإستئناف (١) .

وتتوالى أحكام محكمة النقض المصرية فى اتجاه واحد ينفى عن محكمة الإستئناف أن يكون دورها فى نظر الطعن محض دورا رقابيا على الحكم المطعون فيه يقتصر على مجرد تقدير صحته أو عدم صحته ، عدالته أو عدم عدالته . وفى ذلك حكم بأن وظيفة محكمة الإستئناف ليست مقصورة على مراقبة الحكم من حيث سلامة التطبيق القانونى

---

(١) نقض مدنى ١٩٨٥/١/٣١. ط ٣١٩ س ٥٤ ق .

فحسب ، وإنما يترتب على رفع الإستئناف نقل موضوع النزاع فى حدود طلبات المستأنف إلى محكمة الدرجة الثانية وإعادة طرحها بكل عناصرها لتقول كلمتها فيها [1] .

وبناء على ذلك يتعين على محكمة الإستئناف أن تتصدى لتكييف الدعوى غير مقيدة فى ذلك بتكييف محكمة الدرجة الأولى [2] .

وتطبيقا لذلك يتعين على محكمة الإستئناف أن تعيد تقدير الأدلة المقدمة فى الدعوى وأن تقول كلمتها فى تقدير ألوال الشهود أو تقارير الخبراء أو المستندات ولاتحجب نفسها عن ذلك لتنفرد به محكمة أول درجة وإلا تكون قد خالفت الأثر الناقل [3] .

وبالتالى يكون لمحكمة الإستئناف الحق فى تقدير أقوال الشهود أو أدلة الإثبات الأخرى على نحو يغاير ماذهبت اليه محكمة أول درجة دون أن تلتزم بالرد على أسبابه [4] .

ولايكفى فى إعمال محكمة الإستئناف لسلطتها أن تحيل إلى أسباب الحكم المستأنف طالما لم تكشف أسبابها عن أنها أعملت رقابتها هى بالفعل لتقدير الدليل . وذلك لأن وظيفة محكمة الإستئناف غير مقصورة على

---

(١) نقض ١٩٨٣/١١/٢٠. ط ٩١٨. س ٤٧ق .
- نقض ١٩٨٦/٦/٢٤. ط ٤٧٧. س ٥٣ق .
- نقض ١٩٨٦/١٢/١٧. ط ٢٤٥٨ س ٥٢ ق .
- نقض ١٩٨٩/٤/٢٧ . ط ٢٠٣٩ س ٥٧ ق .
- نقض ١٩٨٨/٣/٣١ . ط ٢٣٤٢ س ٥٤ ق .

(٢) نقض ١٩٨٦/٦/١٧. ط ٢٤٦٩ س ٥٢ ق .

(٣) نقض مدنى ١٩٧١/١١/١٩. ط ١٥٢ س ٣٥ ق .
- نقض مدنى ١٩٨١/٦/٦. ط ٧٧٢ س ٥٠ ق .

(٤) نقض ١٩٧٨/٦/١ . ط ٢ س ٤٧ ق .

مراقبة الحكم المستأنف من حيث سلامة التطبيق القانونى فحسب وإنما يترتب على رفع الإستئناف نقل موضوع النزاع فى حدود طلبات المستأنف الى محكمة الدرجة الثانية وإعادة طرحه عليها لتقول فيه كلمتها بقضاء مسبب يواجه عناصر النزاع الواقعية والقانونية . ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه جعل لمحكمة الدرجة الأولى أن تنفرد بتقدير اقوال الشهود دون رقابة من محكمة الإستئناف فإنه يكون قد خالف الأثر الناقل للإستئناف وحجب نفسه عن مواجهة موضوع النزاع وتخلى عن تقدير الدليل فيه .

ولايغير من ذلك إحالة الحكم المطعون فيه إلى أسباب الحكم المستأنف إذ أن هذه الإحالة لم تكن وليدة إعمال محكمة الإستئناف رقابتها على تقدير محكمة الدرجة الأولى لأقوال الشهود واعتناقها ذات ما انتهت اليه هذه المحكمة فى هذا الخصوص ، إنما كانت - على ماورد فى صدر حكمها - وليد تخليها عن هذه الرقابة وكف نفسها عن قول كلمتها فى هذا التقدير ، وإذا كان ذلك ، فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بالخطأ والقصور (١) .

ومن واجب محكمة الإستئناف أن تتدارك مايرد فى الحكم المستأنف من أخطاء والقضاء على موجب الصحيح منها (٢) .

وقضى بناء على ذلك بأنه : لا على محكمة الإستئناف إن هى استندت فى قضائها - لصالح المستأنف - إلى أدلة وأسانيد أخرى غير التى أوردها المستأنف ، متى كان ما استندت اليه مستمدا من أوراق الدعوى ، لأن الإستئناف ينقل إلى المحكمة الإستئنافية - فى حدود

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٨/١/٣١. ط ٨٧٦ س ٤٤ ق .

(٢) نقض ١٩٨٢/١٢/٢٢ . ط ١٨٠٦ س ٥١ ق .

طلبات المستأنف – الدعوى بعناصرها القانونية والواقعية [١] .

ونطاق الأثر الناقل للإستئناف يتحدد بما رفع عنه الإستئناف مما فصلت فيه محكمة أول درجة من الطلبات التي كانت مطروحة عليها. فالإستئناف لايطرح على محكمة الدرجة الثانية طلبات موضوعية لم يسبق طرحها على أول درجة – مادة ٢٣٥ مرافعات عدم قبول للطلبات الجديدة فى الإستئناف – كما أن الإستئناف لايتناول من الطلبات التى كانت مطروحة على أول درجة إلا مافصل فيه ورفع عنه طعن [٢] .

ويكفى لاعتبار الطلب مطروحا على محكمة أول درجة أن يبدى فى مذكرة قبلتها . فإذا كانت المذكرة قبلت من أول درجة ، فأصبحت قائمة قانونا أمامها باعتبارها ورقة من أوراق الدعوى المقدمة اليها ويعتبر الطلب الوارد بها مطروحا عليها وقد حكمت برفضه لأن الطاعن لم يقدم دليلا عليه ، لما كان هذا وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر واستبعد تلك المذكرة ولم يعرض للطلب الذى تضمنته تأسيسا على أنها قدمت بعد الميعاد المحدد للطاعن لتقديم مذكرته وأنها لم تعلن لباقى المطعون عليهم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون [٣] .

يطرح الإستئناف علي ثاني درجة مافصل فيه من أول درجة بقضاء صريح أو ضمنى ، ويستوى أن يرد هذا القضاء فى المنطوق أو الأسباب . أما إذا كانت محكمة أول درجة قد أغفلت الفصل فى بعض الطلبات فإن سبيل ذلك يكون بالرجوع إلى محكمة أول درجة وفقا للمادة

(١) نقض مدنى ١٩٧٥/٢/٥. ط ٤٤٥ س ٣٨ ق .
(٢) نقض ١٩٩٢/١/٢٨ . طعن ٧٣ س ٥٩ ق .
- نقض ١٩٩٣/٢/٥ . ط ٢٧٧ س ٥٧ ق .
- نقض ١٩٩٠/١١/٢٦ م. ط ٥٢ س ٥٩ ق .
(٣) نقض ١٩٧٥/٤/١. ط ٥٨٥ س ٣٩ ق .

١٩٣ مرافعات ، إلا إذا تبين من مدونات الدعوى أنه قضى بما قضى به عن بينة وإدراك ، فهنا يكون تدارك ماوقع به من خطأ هو الطعن عليه بالإستئناف . أما إذا كان الإغفال عن سهو أو خطأ فيكون على المستأنف اللجوء إلى الحكم الوارد فى المادة ١٩٣ مرافعات .

والقضاء الضمنى يعتبر مطروحا على الإستئناف بقوة القانون باستئناف القضاء الصريح . مثال ذلك إذا صدر حكم بوقف الدعوى تعليقيا، فإن هذا الحكم يتضمن قبول الدعوى شكلا ، وبالتالى فمن طعن فى حكم الوقف ، يستطيع أن يتمسك بانعدام الخصومة لانعدام إجراءات رفعها ، لرفعها على ميت قبل ايداع الصحيفة ، لأن التمسك بهذا البطلان يعتبر تمسكا بحكم ضمنى ينطوى فى الحكم الصريح بوقف الدعوى (١) .

ويتعين ألا يكون ما أغفلته المحكمة طلبا تابعا كطلب النفاذ المعجل، أو طلب تنفيذ الحكم بموجب مسودته الأصلية .

يتحدد نطاق الأثر الناقل للإستئناف ، بما رفع ، وفصل فيه ، ورفع عنه الإستئناف من قضاء صادر فى هذه الطلبات . وعلى ذلك فالإستئناف ينقل الدعوى إلى محكمة ثانى درجة فى حدود طلبات المستأنف (٢) .

وإذا لم يفصح المستأنف عن الشق الذى ينصب عليه استئنافه لم يطرح استئنافه إلا الشق الذى قضي فيه ضد المستأنف ، وذلك إعمالا للقاعدة التى تقضى بأن الحق فى الطعن لاينشأ إلا بالنسبة لما صدر ضد

---

(١) نقض مدنى ١٩٨٩/٣/٢٠ . ط ١٦٣٢ س ٥٢ ق .

(٢) نقض مدنى ١٩٨٢/١٠/٣١. ط ٨٨٩ س ٤٨ ق .

– نقض مدنى ١٩٨٨/٤/٢٠ . ط ٩٠ س ٥٤ ق .

الطاعن [١] .

وحكم بأن الإستئناف لايطرح على محكمة الإستئناف إلا مافصلت فيه محكمة أول درجة ، ومارفع عنه الإستئناف فقط ، فإذا كان الحكم قد تضمن قضاء مختلطا لصالح وضد المستأنف ولم يستأنفه خصمه أصبح ماقضى به لصالح المستأنف نهائيا لايجوز التعرض له [٢] .

ومع هذا وفى هذا الفرض عينه فإذا استأنف الطرفان فإن الإستئناف ينقل إلى محكمة ثانى درجة النزاع برمته ، ويكون لها الهيمنة الكاملة على كافة عناصره الموضوعية والقانونية [٣] .

والقضاء بعدم قبول تعديل المستأنف لطلباته بإحلال طلب جديد محل الطلب الأصلى الذى أقيمت به دعواه يجعل هذا الطلب الأصلى باقيا أمام المحكمة لتفصل فيه . وبناء على ذلك فإن عدم قبول تعديل الطلبات أمام محكمة الإستئناف ، بإحلال طلب جديد محل الطلب الأصلى الذى أقيمت به الدعوى لايزول به هذا الطلب الأخير ، الذى يبقى قائما لتفصل فيه المحكمة [٤] .

وينقل الإستئناف إلى محكمة الدرجة الثانية كافة الأسباب التى كان قد أقيم عليها الطلب الصادر فيه الحكم المستأنف ولو اقتصر هذا الحكم على الأخذ بأحد هذه الأسباب . فإذا كان المدعى قد أقام طلبه على عدة اسباب فاكتفى الحكم الصادر لصالحه بأحد هذه الأسباب واستند اليه فى

---

(١) نقض ١٩٨٨/١١/٢٤. ط ١١٤٤ س ٥٥ ق .
(٢) نقض ١٩٨٢/١/١٣. ط ٩٨٥ س ٤٦ ق .
(٣) نقض مدنى ١٩٨٦/١٢/٢٢. ط ١٨٠٦ س ٥١ ق .
(٤) نقض ١٩٨٥/١٢/٢٠. ط ٢٢٦٥ س ٥٣ ق .
- نقض ١٩٧٨/٢/٢ . ط ١٤٢ س ٤٠ ق .

القضاء بإجابة هذا الطلب فإن استئناف المدعى عليه لهذا الحكم ينقل الى محكمة الإستئناف هذا الطلب بكافة أسبابه التى كان المدعى قد طرحها على محكمة أول درجة سواء منها ماتعرضت له محكمة أول درجة وما لم تتعرض له دون حاجة إلى أن يرفع بها المستأنف ضده استئنافا مقابلا أو فرعيا ويتعين على محكمة ثانى درجة إذا لم تأخذ بالسبب الذى اقيم عليه الحكم المستأنف أن تعرض لها فى الأسباب طالما لم يثبت تنازل المحكوم له عنها .

ولايحول دون ترتيب هذا الأثر أن محكمة الإستئناف فى هذه الحالة تتصدى لما لم تفصل فيه محكمة اول درجة من هذه الأسباب ذلك أن المشرع أجاز للخصوم وفقاً للمادة ٢٣٥ مرافعات أن يغيروا فى سبب الدعوى أمام محكمة الإستئناف ، وأن يضيفوا اليه أسباب أخرى لم يسبق طرحها أمام أول درجة - مع بقاء الطلب الأصلى على حاله - فمن باب أولى تلتزم محكمة الإستئناف بالتصدى للأسباب السابق التمسك بها فى الدعوى إذا ما ارتأت الغاء الحكم المستأنف الذى استجاب الى الطلب على سند من أن احداها مما اقتضى الإكتفاء به دون حاجة إلى التعرض لباقى الأسباب (١) .

وبالتالى يكون لمحكمة الإستئناف أن تفصل فى كافة الأوجه التى

---

(١) نقض مدنى ١٩٨٦/١٢/٢٢. ط ١٨٠٦ س ٥١ هيئة عامة للمواد المدنية) .
- نقض مدنى ١٩٨٧/٤/١. ط ١٣٨٢ س ٥٦ ق .
- نقض مدنى ١٩٨٧/٤/١. ط ١٣٨٢ س ٥٦ ق .
- نقض مدنى ١٩٧٩/١/٦. ط ٤٦٣ س ٤٥ ق .
- نقض مدنى ١٩٨٦/١٢/١٢. ط ٣٥٣ س ٥٣ ق .
- نقض مدنى ١٩٨٩/١/٥. ط ١٠١٠ س ٥٥ ق .
- نقض مدنى ١٩٨٠/١/١٠. ط ٣١٨ س ٥٥ ق .

يكون المستأنف عليه قد تمسك بها أمام أول درجة ، دون حاجة لاستئناف فرعى منه متى كان الحكم قد انتهى الى القضاء له بطلباته كلها وكان لم يثبت تخليه عن هذه الأوجه .

وكذلك ينقل الإستئناف إلى محكمة الدرجة الثانية فى حدود مارفع عنه الإستئناف من الطلبات التى كانت مطروحة على محكمة أول درجة ، أدلة الإثبات التى كانت قائمة أمام محكمة أول درجة لتخضع لتقدير محكمة ثانى درجة التى يتعين أن تقول كلمتها فيها غير مقيدة فى ذلك بما رأته محكمة أول درجة بشأنها ، كما يكون للخصوم أن يقدموا إلى محكمة ثانى درجة فى حدود مايسمح به القانون الذى يحكم الإثبات مايرون تقديمه من أدلة جديدة . وعلى ذلك تخضع الأدلة التى كانت مقدمة لأول درجة لتقدير محكمة الدرجة الثانية ، ويكون لهذه الأخيرة أن تستخلص من أقوال الشهود الذين سمعوا أمام أول درجة ماتطمئن اليه ولو كان مخالفا لما استخلصته محكمة أول درجة [1] ويكون لها أن تحيل الى تحقيق جديد، ولايعتبر ذلك إطراحا لأقوال الشهود الذين سمعوا فى أول درجة ، ومن ثم يكون لها بعد ذلك أن تأخذ بأقوال الشهود دون أقوال الذين سمعتهم هى [2].

ويعتبر مطروحا عليها الطعن بالتزوير الذى قرر به الخصوم أمام أول درجة خلال الفترة المصرح فيها بمذكرات عند حجز الدعوى للحكم .

ويكون منحق الخصوم أن يقدموا لأول مرة أمام محكمة الإستئناف مستنداتهم وأدلتهم ، ويجوز الإدعاء بالتزوير لأول مرة أمام الإستئناف

---

(١) نقض مدنى ١٩٨٢/١٢/٢٦. ط ١٢٠٤ س ٤٧ ق .

(٢) نقض ١٩٨١/٥/١٢. ط ٤١ س ٤١ق .

- نقض ١٩٧٦/١/٢١.؟ ط ٨ س ٤٤ ق .

باعتبار ذلك دفاعا موضوعيا [1] .

ويجوز للطرفين إبداء مايشاءون من أوجه دفاع ودفوع جديدة فاتهم التمسك بها أمام محكمة أول درجة مادام حقهم فى التمسك بها لم يسقط وفقا للقواعد التى تحكم التمسك بها ، وأوجب المشرع فى المادة ٢٣٣ على محكمة الإستئناف أن تتصدى للفصل فى تلك الدفوع وأوجه الدفاع سواء ما ابدى منها كدفاع أصلى أو احتياطى ولايلتزم بإعادة الدعوى إلى أول درجة إذا ماخالفت قضاءها فى شأن ماتمسك به أحد من الخصوم فى دفع أو دفاع أصلى إلا أن يكون ماقضت به تلك المحكمة دفعا شكليا لم تستنفذ به ولايتها فى نظر الدعوى كالحكم بعدم الإختصاص [2] .

كذلك لايعتبر عدم التحدى أمام أول درجة بالدفع أو الدفاع الذى لم يبدى لأول مرة أمام الإستئناف دالا بذاته على عدم جدية الدفع أو الدفاع[3]

وبالتالى يجوز التمسك لأول مرة فى الإستئناف بالدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذى صفة [4] .

وكذلك الدفع ببطلان الحوالة لعدم رضاء المدين بها وبعدم جواز إثبات هذا الرضاء بغير الكتابة [5] .

ويجوز التمسك بصورية عقد بيع ولو كان المشترى غير ماثل فى

---

(١) نقض مدنى ١٩٨٩/٣/١٩ . ط ٥٥٤٨ س ٥٦ ق .
(٢) نقض ١٩٧٨/١٠/٣٠.؟ ط ١٢٩١ س ٤٧ ق .
- نقض ١٩٨٦/٤/٦ . ط ٢٨٤٦ س ٥٢ ق .
(٣) نقض ١٩٧٨/١١/٢٨ . ط ٨٥٥ س ٤٥ ق .
(٤) نقض ١٩٨٠/١/١٠ . ط ٣١٨ س ٥٨ ق .
- نقض ١٩٨١/٤/١٦. ط ٧٤٠ س ٤٨ ق .
(٥) نقض ١٩٦١/١١/٩ . ط ١١٠ س ٢٦ ق .

الدعوى [1] .

ومن جهة أخرى يعتبر الطلب العارض غير مقبول لعدم جواز إبدائه لأول مرة أمام محكمة الإستئناف .

ولكن هذا الطلب العارض يعتبر فى مثل هذا الوضع بمثابة دفاعا موضوعيا لذا يتعين على محكمة الإستئناف بحثه . وفى هذا المعنى قضت محكمة النقض بأن : " لما كان ابداء المدعى عليه فى دعوى الملكية طلبا عارضا للحكم بثبوت الملكية له هو بالعقار محل النزاع ، فإن هذا الطلب يعتبر فى ذات الوقت دفعا موضوعيا للدعوى كافيا إن صح لرفضها ، وعلى ذلك فإن عدم قبوله كطلب عارض لعدم جواز ابدائه لأول مرة فى الإستئناف عملا بالمادة ٢٣٥ مرافعات ، لايحول دون قيام أثر هذا الإدعاء بالملكية كدفاع موضوعى ينكر به صاحبه دعوى المدعى وهو مايجوز طرحه ابتداء أمام محكمة الإستئناف ، ويتعين عليها بحثه عملا بالمادة ٢٣٣ مرافعات [2] .

وتسرى هذه القاعدة بالنسبة للمستأنف والمستأنف عليه [3].

ويعتبر الدفاع الوارد فى مذكرة قدمت لمحكمة أول درجة بعد الميعاد لو استبعدتها المحكمة مطروحا على محكمة ثانى درجة متى كانت محكمة أول درجة قد أعادت الدعوى للمرافعة بعد تقديمها أو تصبح ضمن ملف أول درجة ومطروحة فيها ، أو إذا تمسك الخصم أمام محكمة

---

(١) نقض مدنى ١٩٨١/٤/١٦. ط ٧٤٠ س ٤٨ ق .
(٢) نقض مدنى ١٩٨٨/٤/١٨ . ط ١٢٥٠ س ٤٧ ق .
- نقض مدنى ١٩٨٤/٢/١٥. ط ٨١٩ س ٥٠ ق .
(٣) نقض ١٩٨٣/٥/٣١ . ط ١٦٧٨ س ٥٢ ق .
- نقض مدنى ١٩٨٤/٥/١٧. ط ٦٦٩ س ٥٠ ق .

الإستئناف بما ورد فيها .

وحكم بناء على ذلك بأن : " يعتد في الإستئناف بالدفاع الوارد في المذكرات المقدمة إلى المحكمة في الدرجة الأولى ولو كانت مقدمة بعد الميعاد ، أو سبق استبعادها مالم يتنازل صاحب الشأن عنها أو عن التمسك بها (١) .

وقضى بأنه إذا أعادت محكمة أول درجة الدعوى إلى المرافعة فإن الدفاع الذى سبق أن أبداه الخصم في مذكرة قدمها اليها فاستبعدتها يعد مطروحا عليها ، ومن ثم يعد مطروحا على محكمة ثاني درجة ولو لم يتمسك به صاحب الشأن مادام لم يثبت تنازله عنه (٢) .

والمستندات التى قدمت في القضية أثناء حجزها للحكم فاستبعدتها المحكمة تعتبر مطروحة على محكمة الدرجة الثانية متى تمسك بدلالتها وكان الطاعن قد أثار في طعنه بالنقض أن محكمة الإستئناف لم تناقش هذه المستندات رغم مالها من دلالة، وكان ما أورده الحكم - الإستئنافي - لايبين منه أنه عرض لهذه المستندات أو فحصها ويفيد أن المحكمة لم تطلع على ماركن اليه الطاعن من مستندات وقرائن . وكان من المقرر في قضاء محكمة النقض أنه متى قدم الخصم إلى مخكمة الموضوع مستندات وتمسك بدلالتها فالتفتت عنها المحكمة ، فإن حكمها يكون معيبا بالقصور (٣) .

وكذلك ينقل الإستئناف إلى محكمة الدرجة الثانية في حدود طلبات المستأنف كافة ماكان قد ابداه الخصوم أمام محكمة أول درجة من أوجه

---

(١) نقض ١٩٨٤/٥/٢٩ . ط ٩٥٢ س ٤٦ ق .
(٢) نقض ١٩٧٧/٢/٢٣. ط ٤٤٩ س ٣٩ ق .
(٣) نقض ١٩٧٦/٤/١٤. ط ١٦٤ س ٤٢ ق .

دفاع وأسانيد وأسباب سواء كانت محكمة أول درجة قد عرضت لها أم لم تعرض . وسواء كانت قد فصلت فيها أم لم تفصل ، وسواء كان فصلها فيها في ذات الحكم المستأنف ، المنهى للخصومة كلها أم بحكم سابق صدر أثناء سير الخصومة ولم يكن يقبل الإستئناف على استقلال فيعتبر مستأنفا بقوة القانون مع استئناف الحكم المنهى للخصومة (١) .

الأحكام الصادرة بعدم القبول من أول درجة لاتستنفذ ولاية محكمة أول درجة إذا كانت متعلقة بشكل الإجراءات . أما إذا كانت متعلقة بموضوع الدعوى فإن محكمة أول درجة تستنفذ به ولايتها بما يمتنع معه على المحكمة الإستئنافية عند الغائه أن تعيد الدعوى اليها ويتعين عليها أن تتصدى للفصل في الموضوع بما للإستئناف من أثر ناقل .

ومن صور الحكم بعدم القبول التى تتصل بالموضوع وتستنفذ بها محكمة أول درجة ولايتها مايلى : الحكم بعدم قبول .الدعوى لرفعها قبل الأوان لتوقف الفصل فيها على حكم جنائى لم يصبح باتا (٢) .

أو لرفع الدعوى بطلب ترقية الى وظيفة مازالت شاغرة (٣) .

والحكم بعدم قبول الدعوى لوجوب احالتها إلى جهة معينة قبل رفعها (٤) .

والحكم الصادر بعدم قبول دعوى صحة التعاقد لعدم تسجيل البائع لعقد شرائه (٥) .

---

(١) نقض ١٩٨٣/١/٢٤. ط ٩٩٧ س ٤٦ ق .
- نقض ١٩٨٦/٥/٢٨ . ط ٥٢٩ س ٥١ ق .
(٢) نقض ١٩٨٩/٤/٢٧ . ط ٢٥٤٥ س ٥٦ ق .
(٣) نقض ١٩٨٠/٢/٢٣. ط ٧٥١ س ٤٣ ق .
(٤) نقض ١٩٨٥/٣/٢٥ . ط ٥٢٣ س ١٣٧٤.
(٥) نقض ١٩٨٨/٢/١١ . ط ٩٤٧ س ٥٥ ق .

الحكم بعدم قبول دعوى الحق قبل الفصل فى دعوى الحيازة .

ومن صور الحكم بعدم القبول التى تتصل بشكل الإجراءات فلا تستنفذ به محكمة أول درجة ولايتها ، ويتعين على محكمة الإستئناف إذا ألغت الحكم أن تعيد الدعوى اليها للفصل فى موضوعها .

ومن صور الأحكام التى لاتستنفذ بها المحكمة فى أول درجة ولايتها والتى تكون متعلقة بشكل الإجراءات مايلى :

الحكم بعدم سماع الدعوى الموجهة ضد الحراسة العامة .

الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن عملا بالمادة ٧٠ مرافعات .

الحكم بزوال الخصومة لعدم اعلان المدعى عليه اعلانا قانونيا .

ومن ناحية أخرى فأثر القضاء ببطلان الحكم المستأنف على حق المحكمة الإستئنافية فى التصدى لنظر الموضوع يستوجب التفرقة التالية :

(١) الأ يرجع بطلان الحكم الى بطلان صحيفة افتتاح الدعوى التى انعقدت بها الخصومة صحيحة إنما يرجع إلى عيب شاب الحكم نفسه، أو عيب شاب الإجراءات السابقة عليها والتى انبنى عليها دون أن يستطيل إلى صحيفة الدعوى ذاتها . وفى هذه الحالة يتعين الأ تقف محكمة الإستئناف عند حد القضاء ببطلان الحكم المستأنف - الذى سبق وفصل فى الموضوع - لأن هذا البطلان لاينفى أن هناك خصومة قائمة لم يفصل فيها بعد ، أو أن تعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة لأنها قد استنفذت ولايتها فى موضوع الدعوى . إنما يتعين عليها أن تتصدى للفصل فى الموضوع اعمالا للأثر الناقل للإستئناف (١) .

---

(١) نقض ١٩٨٩/٣/١٦. ط ٢٢٢٣ س ٥١ ق .

- نقض ١٩٩٣/١/٢٤. ط ١٠٣٦ س ٥٨ ق .

(٢) أما إذا أرجع بطلان الحكم الى بطلان صحيفة افتتاح الدعوى أو إلى بطلان اعلانها الذى تمت بـه وحدة المواجهة ، وفى هذه الحالة يتعين علـى المحكمـة الإستئنافية أن تقتصر على القضـاء ببطـلان الحكم المستأنف وتقف عند هذا الحد فلا يجوز لها أن تتصدى للفصل فـى الموضـوع ، كما لايجوز لها أن تعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل فيه ، إذ بزوال صحيفة افتتاح الدعوى أى عدم انعقاد الخصومة لم تعد هناك خصومة يمكن التصدى للفصل فيها أو إحالتها لأول درجة للفصل فيها [١] .

وحكم بأن مؤدى البطلان الناشئ عن عدم انعقاد الخصومة أمام محكمة أول درجة لعدم اعـلان صحيفة افتتاحها ، أن تقف محكمة الإستئناف عند حد القضاء بالبطلان دون المضى فـى نظر موضوعها [٢]

الطلب الإحتياطى فى الإستئناف :

تنص المادة ٢٣٤ مرافعات على أنه يجب على المحكمة إذا الغت الحكم الصادر فـى الطلب الأصلى أن تعيد القضية إلى محكمة الدرجة الأولى لتفصل فى الطلبات الإحتياطية .

ويقصد بالطلب الإحتياطى مايطلب المدعـى الحكـم لـه بـه إذا ماقضت محكمة أول درجة برفض طلبه الأصلى .

وعلى محكمة الإستئناف إذا خالفت محكمة الدرجة الأولى فـى قضائها فى الطلب الأصلى أن تعيد الدعوى الى تلك المحكمة لتفصل فى

== - نقض ١٩٩١/١١/٢٦ . ط ٦٠ س ٥٩ ق .
- نقض ١٩٩١/١٢/٣١ . ط ٤٨٩ س ٦١ ق .
(١) نقض ١٩٨٦/١٢/٢٤. ط ٧٤٤ س ٥١ ق .
(٢) نقض مدنى ١٩٨٥/١٢/٤. ط ٤٧ س ٥٥ ق .

الطلب الإحتياطى الذى لم تبحثه ، إذ حجبها عن نظره إجابتها للطلب الأصلى ، ومن ثم لم تستنفذ ولايتها بالنسبة له وذلك حتى لايحرم الخصوم من إحدى درجتى التقاضى .

ويشترط لإعمال هذه القاعدة أن يكون الخصم فى الطلبين واحدا .

كذلك لايكون هناك محلا لإعادة الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى للفصل فى الطلب الإحتياطى متى كان منبنا على نفس الأساس القانونى للطلب الذى قضت برفضه وذلك لأن إحالة الطلب الإحتياطى إلى محكمة الدرجة الأولى فى مثل هذه الحالة وبعد الغاء الحكم الصادر فى الطلب الأصلى ، لن يحقق للطاعن الأ مصلحة نظرية لأن مآله سيكون رفض هذا الطلب من محكمة الدرجة الأولى لوحدة السبب القانونى المشترك بينه وبين الطلب الأصلى [1] .

وإذا قضت محكمة الإستئناف بعد قضائها برفض الطلب الأصلى برفض الدعوى دون إحالتها إلى محكمة الدرجة الأولى للفصل فى الطلب الإحتياطى ، فإن سبيل تدارك ذلك يكون بالرجوع اليها دون طعن بالنقض على حكمها ، وفى ذلك تقول محكمة النقض أن ذلك الوضع لايصلح أن يكون سببا للطعن بالنقض ويكون تدارك ذلك بالرجوع لذات محكمة الموضوع الإستئنافية وفقا للمادة ١٩٣ مرافعات [2] .

لايجوز تقديم طلبات عارضة من أى طرف أو من الغير فى الإستئناف .

وهذه القاعدة متعلقة بالنظام العام . ولايمنع من عدم قبول هذه الطلبات وكذلك كافة الطلبات الجديدة التى تطرح لأول مرة فى الإستئناف

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٥/٣/٢٢. ط ١٠٩ س ٣٩ ق .

(٢) نقض مدنى ١٩٨٨/١/٢٦. ط ١٦٦٤ س ٥٤ ق .

سبق القضاء بقبول الإستئناف شكلا [١] .

كذلك لايجوز قبول الطلب الجديد لأول مرة فى الإستئناف ولو أبدى على سبيل الإحتياط . ولما كان مضمون الطلب الإحتياطى يختلف عن مضمون الطلب الأصلى الذى نظرته أول درجة ولايندرج فى مضمونه ، فإنه بذلك يعتبر طلبا جديدا لايجوز ابداءه لأول مرة فى الإستئناف تحكم بذلك المحكمة من تلقاء نفسها [٢] .

والنعى بأن طلب المستأنف جديد يكون غير منتج متى كان الحكم الإستئنافى المطعون عليه قد انتهى إلى رفض هذا الطلب[٣] .

أو كان الحكم المستأنف لم يقضى فيه لخروجه من نطاق الإستئناف وعدم استنافذ محكمة أول درجة ولايتها فى شأنه [٤] .

ولايجوز قبول الطلب الجديد لأول مرة أمام مجكمة الإستئناف ولو ابدى على سبيل الإحتياط وذلك لاختلاف موضوع هذا الأخير عن الأول وعدم اندراجه فى مضمونه [٥] .

ويقصد بالطلب الحق أو المركز القانونى المطلوب حمايته فى نطاق مايطلب الحكم به تاسيسا عليه دون نظر لما يبديه الطالب من أسس تبرر طلبه فهى لاتعدو أن تكون أسس تبرر طلبه ، فهى لاتعدو أن تكون أوجه دفاع فى الدعوى [٦] .

---

(١) نقض ١٩٨٥/٦/٢ . ط ١٠٩٨ س ٥١ ق .
(٢) طعن نقض ١٩٨٨/١٢/٧ . ط ٢٤٧٩ س ٥٤ ق .
(٣) نقض ١٩٧٧/٥/١٠. ط ٧٢٤ س ٤٢ ق .
(٤) نقض مدنى ١٩٦٨/١/٢٨. ط ٢٧٦ س ٣٣ ق .
(٥) نقض مدنى ١٩٧٧/١/١ . ط ٥٨٨ س ٤١ ق .
(٦) نقض ١٩٨٣/٥/٣١. ط ١٦٧٨ س ٥٠ ق .

وتقول محكمة النقض أن الطلب هو القرار الذى يطلبه المدعى من القاضى حماية للحق أو للمركز القانونى الذى يستهدفه بدعواه [١] .

والطلب يكون جديدا إذا كان يزيد أو يختلف عن الطلب السابق إبداؤه أمام أول درجة فى الموضوع أو الخصوم أو كان يجاوزه فى مقداره مالم تكن الزيادة مما نص عليه فى الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ مرافعات [٢] .

ويعتبر الطلب جديدا ولو تطابق مع الطلب الآخر بحيث لايكون هو ذات الشئ السابق طلبه ، فلا يعد طلب الحكم بمبلغ من النقود هو ذات الطلب الخاص بمبلغ آخر بمجرد قيام التماثل بينهما .

والقضاء بعدم قبول الطلبات الجديدة التى احلها المستأنف محل الطلب الأصلى لايزول به الطلب الأصلى وإنما يبقى لتفصل فيه المحكمة[٣] .

ولايقبل العودة أمام محكمة الإستئناف إلى طلب ماسبق للمستأنف التنازل عنه أمام محكمة أول درجة إذ يعد ذلك بمثابة إطراح لطلب جديد يعرض لأول مرة على محكمة الدرجة الثانية [٤] .

ومن صور اختلاف الموضوع التى تجعل الطلب جديدا أمام محكمة الإستئناف مايلى :

طلب المؤجر المستأنف اعتبار عقد الإيجار مفسوخا لإخلال المستأجر المستأنف عليه بالتزاماته التعاقدية وبالتالى طرده من العين بعد

---

(١) نقض ١٩٨٦/١٢/٢٢ . ط ١٨٠٦ س ٥١ ق ز

(٢) نقض مدنى ١٩٨٨/١٢/٨. ط ٤٧٠ س ٥٤ ق .

(٣) نقض مدنى ١٩٨٥/١٢/٢٠. ط ٢٢٦٥ س ٥٣ ق .

(٤) نقض ١٩٦١/٤/٦. ط ٥٧٢ س ٢٥ ق .

أن كان طلبه أمام الدرجة الأولى الحكم بانقضاء عقد الإيجار لانتهاء مدته وطرد المستأجر تبعا لذلك باعتباره أصبح غاصبا (١) .

كذلك طلب المستأنف لأول مرة الحكم على أحد الخصوم بما عساه أن يحكم به عليه (٢) .

أيضا طلب المستأنف لأول مرة الحكم بالتعويض الموروث بعد أن كان قد اقتصر فى أول درجة على المطالبة بالتعويض عن الأضرار الشخصية التى نالته من جراء وفاة مورثه (٣) .

ولاينال من اعتبار الطلب جديدا لإختلاف الموضوع أن يكون حكم أول درجة قد عرض له دون طلب كتقرير لحكم القانون .

وقد حكم بناء على ذلك بأن ما قرره الحكم الإبتدائى فى أسبابه من أن حق المطعون ضدها (البائعة) فى تسلم العين المبيعة على أن ترد ماتقاضته من معجل الثمن لايعدو أن يكون تقريرا قانونيا للأثر المترتب عتلى الفسخ ، وليس قضاء منه بإلزامها برد الثمن إلى الطاعن (المشترى) وكان الطاعن لم يطالب برد مادفعه للمطعون ضدها إلا اثناء نظر الدعوى أمام محكمة الإستئناف ، فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر هذا الطلب طلبا جديدا مما تنهى عنه نصوص القانون فإنه لايكون قد خالف القانون (٤) .

والعبرة فى اختلاف أو اتحاد الخصوم بالصفة التى كانت لهم أمام أول درجة . فإذا رفعت الدعوى من أحد الورثة بصفته ممثلا للتركة فلا

---

(١) نقض ١٩٩٠/١٢/١٥ ط ٤٩٥ س ٥٤ ق .
(٢) نقض ١٩٩٠/٥/١٠ ط ٣٥٨٤ س ٦١ ق .
(٣) نقض مدنى ١٩٩٣/٦/٢٩ . ط ١٢٢ س ٥٩ ق .
(٤) نقض مدنى ١٩٦٤/٦/٧. ط ٤٩٧ س ٢٩ ق .

يقبل منه أمام المحكمة الإستئنافية الحكم له شخصيا (١) .

ويعتبر الطلب جديدا إذا جاوز الطلب الذى كان مرفوعا أمام أول درجة بمقداره . وبالتالى يعتبر الطلب جديدا إذا طالب المستأنف أجر المدة السابقة على الوقف عن العمل بعد أن اقتصرت المطالبة أمام أول درجة على طلب أجر مدة الوقف والتعويض عن الفصل التعسفى (٢) .

ويعتبر الطلب جديدا إذا كان من الممكن أن ترفع به دعوى جديدة دون الإحتجاج بحجية الحكم السابق وفى ذلك تقول محكمة النقض : (٣) .

ولايعتبر طلبا جديدا ماطرح أمام أول درجة أو مايرد بعبارات مختلفة عما استعمل أمام أول درجة ، أو مايعتبر داخلا فى الطلب الأصلى ، أو مايقصد به تحديد هذا الطلب أو تصحيحه ، أو مايقصد به تحقيق نتائجه ، أو اتخاذ إجراءات تحفظية .

وبناء على ذلك فإن الطلب لايعد جديدا متى سبق طرحه امام أول درجة ، فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى للمطعون عليها بصحة التعاقد قد استند إلى أن هذا الطلب كان واردا فى طلبها الختامى ، مما يفيد اطلاع الطاعن عليه ، كما أنها أى المطعون عليها قد تمسكت بهذا الطلب فى صحيفة استئنافها وفى مذكرتها أمام الإستئناف ، فإن طلب صحة التعاقد المطروح أمام محكمة الإستئناف لايعتبر طلبا جديدا (٤) .

ولايعد طلبا جديدا مايرد بعبارات مختلفة مع وحدة التكييف القانونى الصحيح .

---

(١) نقض ١٩٧٧/٦/٨ . ط ٢٢٦ س ٤٤ ق .
(٢) نقض مدنى ١٩٧٤/٥/٤. ط ٤٧٣ س ٣٧ ق .
(٣) نقض ١٩٨٤/٣/٢٩. ط ١٥٨٢ س ٥٠ ق .
(٤) نقض ١٩٥٢/٢/٧ ط ٦٠ س ٢٠ ق .

فإذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لايملكه جاز للمشترى أن يطلب إبطال البيع ، كما أن هذا البيع لايسرى فى حق المالك الحقيقى . وإذا كان الطاعن قد أقام دعواه أمام أول درجة طالبا الحكم له ببطلان العقد على أساس أنه مالك للأطيان دون البائع ، فإن التكييف السليم للدعوى هو أنها أقيمت بطلب الحكم بعدم سريان العقد محل النزاع فى حق الطاعن ، وإذ كيّف الحكم المطعون فيه الدعوى بأنها دعوى إبطال عقد البيع وذهب إلى أن طلب عدم سريان البيع بالنسبة للطاعن هو طلب جديد لايقبل فى الإستئناف لعدم تقديمه أمام أول درجة ، فإنه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون (١) .

ولايعتبر طلبا جديدا مايقصد به تحديد الطلب الأصلى أو تصحيحه وفى ذلك تقول محكمة النقض أن الحجز الإستحقاقى إذا كان لايحكم بصحته إلا إذا أثبت الحاجز ملكيته للشئ المحجوز عليه فإن النزاع الذى يقوم فى الدعوى على صحة الحجز أو تثبيته هو فى الواقع نزاع على الملك ، إذن فمن يطلب أمام محكمة الدرجة الأولى تثبيت ملكيته فطلبه هذا الذى هو فى الواقع ليس إلا إيضاحا للطلب الأصلى بوضعه فى صيغة أخرى لايعتبر طلبا جديدا (٢) .

كذلك لايعتبر طلبا جديدا مايقصد به نتائج الطلب الأصلى . وفى هذا المعنى تقول محكمة النقض : " انه وإن كان الحكم المطعون فيه قد أخطأ إذ اعتبر رد مادفع تنفيذا للحكم الإبتدائى من قبيل الطلبات الجديدة التى لايجوز قبولها فى الإستئناف ، لأن هذا الطلب يندرج فى طلب رفض الدعوى وهو نتيجة لازمة للقضاء بإلغاء الحكم المستأنف (٣) .

---

(١) نقض ١٩٧٧/١١/١٠ . ط ١٢٠ س ٣٩ ق .
(٢) نقض ١٩٨٢/٣/٣١. ط ١٧٢ س ٤٨ ق .
(٣) نقض ١٩٧٥/١٢/٢٧ . ط ٢٦ س ٤٠ ق .

ونشاط القاضى فى الدعوى الذى يمثل تكييف الدعوى فيه أحد أهم هذه النشاطات لايعتبر من قبيل الطلبات الجديدة فى الدعوى لأن القاضى لاتصدر منه طلبات .

ولايعتبر طلب التنفيذ بطريق التفويض وفقا للمادة ٢١٥ من التقنين المدنى طلبا جديدا باعتباره قسيما للتنفيذ العينى الذى كان مطلوبا أمام محكمة أول درجة .

وفى ذلك تقول محكمة النقض أن " " طلب التنفيذ العينى والتنفيذ بطريق التفويض قسيمان يتقاسمان تنفيذ التزام المدين ويتكافآن قدرا بحيث يجوز الجمع بينهما فإذا كانت الدعوى قد رفعت أمام محكمة أول درجة بطلب نصيب المطعون ضده من المحاصيل الزراعية عينا أو مايقابل ذلك نقدا فإن طلب المبلغ النقدى وحده أمام محكمة الإستئناف لايكون طلبا جديدا لاندراجه فى عموم الطلبات التى كانت مطروحة أمام محكمة أول درجة " (١) .

ويلاحظ أن هذه القاعدة قاصرة على طلب التعويض كطريق تنفيذ بديل للتنفيذ العينى الذى استحال عتملا بالمادة ٢١٥ من التقنين المدنى ، فلا تسرى على طلب التعويض عن الأضرار الناشئة عن الإخلال بالتزام وفقا لأحكام المسئولية العقدية التقصيرية .

وحكم بناء على ذلك بأن الطلبات الختامية للطاعنة أمام أول درجة تحديد مطالبتها للتعويض بناء على المسئولية التقصيرية ، وليس تنفيذا ببطريق التفويض لالتزام فى جانببهم استحال تنفيذه عبثا وهو مايغاير تماما فى موضوعه طلب الطاعنة الحكم باستحقاقها ومورثها حصة فى أعيان الوقف ، حيث اعتبرت محكمة النقض هذه الطلبات جديدة .

---

(١) نقض مدنى ١٩٨٣/٤/١٧. ط ١٧٦١ س ٤٩ .

كذلك لايعتبر طلبا جديدا مايعتبر داخلا فى الطلب الأصلى أو مندرجا فيه .

مثال ذلك طلب تثبيت الملكية الى قدر محدد من الأرض يندرج فيه طلب تثبيت الملكية إلى جزء شائع (١) .

وطلب المدعين المتعددين رد حيازة شقة النزاع اليهم مندرج فيه طلب أحدهم الذى استأنف الحكم رد الحيازة اليه وحده (٢) .

وطلب المؤجر أمام الإستئناف إنهاء عقد الإيجار لايتجاوز فى مبناه طلبه امام أول درجة بإخلاء المستأجر (٣) .

وطلب المؤجر أمام أول درجة بطرد المستأجر بسبب تكرار امتناعه ، أو تأخره فى الوفاء بالأجرة يندرج فى طلبه أمام الإستئناف طرده بسبب الإمتناع أو التأخر فى دفع الأجرة (٤) .

وطلب الغاء الحكم المستأنف يتضمن طلب القضاء بما رفضه هذا الحكم من طلبات المستأنف . وذلك لأن طلب الغاء الحكم لايمكن أن يكون مقصودا بذاته ، وإنما للوصول إلى القضاء بتلك الطلبات (٥) .

وطلب رد مادفع تنفيذا لحكم أول درجة يندرج فى طلب المستأنف رفض دعوى المحكوم له .

ولايعتبر طلبا جديدا طلب المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت ، وبالتالى يجوز طلبه لأول مرة أمام محكمة الإستئناف.

---

(١) نقض ١٩٤٩/١٢/١. ط ٦ س ١٨ ق .
(٢) نقض ١٩٧٨/٤/٢٠. ط ٢٣٠ س ٤٦ ق .
(٣) نقض ١٩٨٠/٣/١. ط ٤٨٧ س ٤٩ ق .
(٤) نقض ١٩٩٠/٣/٢٨ . ط ١٢٥٣ س ٥٩ ق .
(٥) نقض ١٩٦٥/١٢/٣٠. ط ٢٩٦ س ٣١ ق .

ويختلف الطلب الجديد عن الدفاع الجديد ، فالأول هو مايتغير بـه موضوع الدعوى أما الدفاع الجديد فهو لايعدو وسيلة دفـاع جديـدة لاتغير من موضوع الدعوى وإنما تقتصـر علـى تقديـم حجـج وأسـانيد قانونيـة أو واقعية جديدة لاتغير من موضوع النزاع .

واستثنت المادة ٢/٢٣٥ الملحقات التى تستحق بعـد تقديـم الطلبـات الختامية لأول درجة من قاعدة تحريم ابداء الطلبات الجديدة لأول مرة فـى الإسـتئناف . وهـذه الملحقـات هـى : الأجـور والفوائـد والمرتبـات وسـائر الملحقات .

ويشترط للمطالبة أمام محكمة الإستئناف بما استجد من فوائد بعد تقديم الطلبات الختامية أمام أول درجة أن تكون هذه الفوائد قد طلبـت أمـام محكمة الدرجة الأولى وفصلت هـذه المحكمـة فـى هـذا الطلـب وإلا امتنـع قبول مايستجد من فوائد .

ومايجوز طلبه من فوائد أمام الدرجة الثانية هو مايستجد منها بعد تقديم الطلبات الختامية أمـام أول درجـة ، ويشـترط لذلـك أن يكـون طلـب الفوائد معروضا على أول درجة ، وأن مايطلب منها أمام الإسـتئناف هـو الفوائد التى تستجد بعد تقديم الطلبات الختامية أمام الدرجة الأولى [١] .

وتطبيقـا لذلـك حكم بعدم جـواز قبـول طلـب الفوائـد علـى متجمـد الفوائد متى كانت لم تطلب على هذا النحو أمام أول درجة [٢] .

ولايدخـل فـى مدلـول الملحقـات الأ تلـك التـى تسـتحق بعـد تقديـم الطلبـات الختاميـة أمام أول درجة . وتلك التى تكون من نوع ماطلب أمام

---

(١) نقض ٢/٢/١٩٧٢. ط ٤٤٤ س ٣٥ ق .
– نقض ١٠/٥/١٩٦٦. ط ٢٢٤ س ٣١ ق .
(٢) نقض ١٠/٥/١٩٦٦. ط ٢٢٤ س ٣١ ق .

الدرجة الأولى .

ويشترط في جميع الملحقات أن تكون قد استحقت بعد تقديم الطلبات الختامية أمام الدرجة الأولى .

وماقد يطرأ من زيادة فى التعويضات التى كانت مطروحة على أول درجة نتيجة تفاقم الأضرار المبررة للمطالبة بها (١) .

ومع ذلك فيشترط لقبول المطالبة بالتعويضات المذكورة أمام محكمة الإستئناف أن تكون عن أضرار طرأت بعد تقديم الطلبات الختامية وناتجة عن نفس الخطأ أساس التعويض .

وأجازت المادة ٣/٢٣٥ جواز تغيير سبب الطلب القضائى والإضافة اليه مع بقاء موضوع الدعوى على حاله . وسترد فيما يلى دراسة واسعة لفكرة سبب الطلب القضائى .

وقد عرفت الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية لمحكمة النقض سبب الطلب بقولها سبب الدعوى هو الواقعة أو الوقائع التى يستمد فيها المدعى الحق فى الطلب ، وهو لايتغير بتغير الأدلة الواقعية أو الحجج القانونية (٢) .

ويشترط لتغيير السبب أو الإضافة اليه أمام محكمة الإستئناف أن يكون قصد صاحب الشأن من ذلك تأكيد أحقيته فى ذات الطلب الذى كان مطروحا على محكمة الدرجة الأولى .

ولايجوز للمحكمة من تلقاء نفسها تغيير سبب الطلب المطروح عليها وعلى ذلك فيجوز للشفيع أن يستند أمام محكمة الإستئناف إلى

---

(١) نقض مدنى ١٩٩٣/٧/٢٨. ط ٤٧٩٨ س ٦١ ق .

(٢) نقض ١٩٨٦/١٢/٢٢. ط ١٨٠٦ س ٥١ ق .

الجوار كسبب للأخذ بالشفعة ، بعد أن كان يستند فى أول درجة إلى أنه شريك على الشيوع [١] .

ويجوز الإستناد فى الإستئناف إلى وضع اليد كسبب للملكية ، بدلا من الميراث الذى استند اليه فى أول درجة [٢] .

ولايجوز فى الإستئناف إدخال من لم يكن خصما فى الدعوى الصادر فيها الحكم المستأنف مالم ينص القانون على غير ذلك .

ولايجوز التدخل إلا ممن يطلب الإنضمام إلى أحد الخصوم .

والأصل أن تقتصر الخصومة فى الإستئناف على الأشخاص الذين كانوا مختصمين أمام محكمة الدرجة الأولى وبذات صفاتهم ، كما أن تصحيح الصفة يجب أن يتم فى الميعاد المقرر فى القانون .

ويستقل كل خصم فى الخصومة ومسلكه فيها والطعن على مايصدر من أحكام ولو مع قيام التضامن ، وفى ذلك تقول محكمة النقض بأنه إذا رفعت الدعوى بطلب الحكم على المدعى عليهما فيها بالتضامن فإن كلا منهما يكون مستقلا عن الآخر فى الخصومة وفى مسلكه فيها والطعن على مايصدر فيها من أحكام ولامجال فى هذا الوضع للقول بنيابة المسئولين بالتزام تضامنى عن بعضهم البعض فى إجراءات الخصومة واعتبار الإستئناف المرفوع من أحدهما بمثابة استئناف مرفوع من الآخر [٣] .

ولايلزم لصحة الإستئناف أن يختصم المستأنف كل من كان خصما

---

(١) نقض ١٩٩٠/١/٤ . ط ٥٩٣ س ٥٥ ق .
(٢) نقض ١٩٨٣/١٢/٢١. ط ٣١ س ٤٩ ق .
(٣) نقض مدنى ١٩٨٥/١/٢١ . ط ٣٩٩ س ٢٣ ق .

أمام محكمة أول درجة مع ملاحظة نص المادة ٢١٨ مرافعات [١] .

ولكن إذا كان التعدد اجباريا فى الإستئناف حسبما يقضى القانون الموضوعى الذى يحكم النزاع ، فإنه يتعين اختصام جميع الأطراف فى الميعاد وإلا كان الإستئناف باطلا غير مقبول [٢] .

ولايجوز أن يختصم فى الإستئناف من كان لايصح اختصامه فى أول درجة أو لم يقبل اختصامه أمامها [٣] .

فإذا قضت أول درجة بعدم قبول تدخل طالب التدخل ، فإنه يصبح بهذا الحكم غير طرف فى الخصومة ومن ثم لايقبل اختصامه فى الإستئناف الذى يرفع عن الحكم الذى يصدر فى الموضوع . إلا أنه يعتبر محكوما عليه بالحكم الصادر بعدم قبول تدخله فيكون له استئناف هذا الحكم [٤] .

ويجوز التدخل الإنضمامى لأول مرة فى الإستئناف متى كانت طلبات المتدخل قاصرة على تأييد طلبات الخصم الذى ينضم اليه . ولكن يشترط لقبول التدخل الإنضمامى أن يكون الإستئناف جائزا ومرفوعا فى الميعاد لأنه طلب يرتبط بموضوع الإستئناف ولا ينفك مستقلا عنه .

ويتبع طلب التدخل الإنضمامى مصير الإستئناف الذى تم فيه التدخل إذا انقضت الخصومة فيه بغير حكم فى موضوعه [٥] .

ومتى قبل التدخل الإنضمامى فإنه يكون للمتدخل الطعن فى الحكم

---

(١) نقض ١٩٥٨/٦/٥. ط ٢٠٦ س ٢٤ ق .
(٢) نقض ١٩٦١/١/٢٧ . ط ٢٢٦ س ٢٦ ق .
(٣) نقض مدنى ١٩٧٧/٦/٢٧ . ط ٨٠١ س ٤٣ ق .
(٤) نقض مدنى ١٩٧٢/٦/١٣. ط ٣٩٢ س ٣٧ ق .
(٥) نقض ١٩٨٥/٢/٢١ . ط ٩٦٢ س ٥١ ق .

الذى يصدر فى الإستئناف .

ولايقبل التدخل الإختصاص فى الإستئناف ، ويجوز لطالب التدخل أن يطعن بالنقض فى الحكم الصادر بعدم قبول تدخله .

وإذا كانت محكمة الدرجة الأولى قد قضت بعدم قبول التدخل الهجومى فإن استئناف طالب التدخل لهذا الحكم يجيز له التدخل فى الإستئناف المرفوع عن الحكم الصادر فى الموضوع (١) .

ولكن يشترط بطبيعة الحال لتدخله فى الإستئناف المرفوع ألا يكون قد قضى قبل رفع هذا الإستئناف برفض استئنافه الذى رفعه عن الحكم الصادر بعدم قبول تدخله .

وإذا اعتبرت محكمة أول درجة التدخل انضماميا ولكن محكمة الإستئناف اعتبرته تدخلا اختصاميا ، وجب عليها التصدى لنظر الموضوع ، وتمضى فى الفصل فى موضوع طلب التدخل وتحقيق دفاع الخصوم فى الدعوى الأصلية ودفاع المتدخلين بشأنها ، باعتبار أن الإستئناف ينقل الدعوى برمتها إلى المحكمة الإستئنافية ، ولايحق لها أن تتخلى عن الفصل فى هذا الطلب إلى محكمة الدرجة الأولى ، لأن الفصل فى موضوع طلب التدخل لايعد منها تصديا ، وإنما هو فصل فى طلب استنفذت محكمة أول درجة ولايتها بشأنه (٢) .

وفى فرنسا تنص المادة ٥٦٧ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد على جواز إبداء طلبات عارضة من المستأنف عليه :

Les demandes reconventionnelles sont également recevables en appel.

---

(١) نقض ١٩٦٧/٥/١٨ . ط ٣٩ س ٣٤ ق .

(٢) نقض ١٩٧٠/٢/٣ . ط ٥٠٥ س ٣٥ ق .

٣٠٢ - وفى القانون الفرنسى ، فإن المادة ٥٦٤من قانون المرافعات نصت هى ايضا على القاعدة العامة فى تحريم ابداء الطلبات الجديدة لأول مرة أمام محكمة الإستئناف ، وأوردت عدة استثناءات مؤداها جواز طرح بعض الطلبات الجديدة لأول مرة أمام هذه المحكمة .

هذه الطلبات هى :

١ - جواز تقديم طلب المقاصة القضائية لأول مرة فى الإستئناف .

٢ - والطلبات التى تهدف إلى استبعاد إدعاءات الخصم الآخر .

٣ - والطلبات التى تهدف إلى الحكم فى المسائل المتولدة عن اختصام الغير لأول مرة أمام محكمة الإستئناف .

٤ - وكذلك الطلبات التى تهدف إلى الفصل فى المسائل المتولدة عن اكتشاف واقعة أمام محكمة الإستئناف .

ونعالج كل هذه المسائل فيما يلى مع ملاحظة أن طلب المقاصة القضائية لأول مرة فى الإستئناف لايثير أى خلاف فى هذا المجال . ونلاحظ ايضا أن فى الجمع بين المادة ٥٦٤ والمادة ٥٦٧ مايوضح لنا أن القاعدة فى القانون الفرنسى هى جواز ابداء الطلبات العارضة من جانب جميع الخصوم لأول مرة أمام محكمة الإستئناف .

نعالج إذا فى فقرات متتالية المسائل الآتية :

١ - نعالج الطلبات المتولدة عن اكتشاف واقعة ثم :

٢ - دراسة موجزة عن الطلبات المتولدة عن اختصام الغير لأول مرة فى الإستئناف مع ملاحظة أن محل دراسة اختصام الغير هو المبحث الثالث من هذه الدراسة .

٣٠٣ - أولا : الطلبات المتولدة عن اكتشاف واقعة جديدة وتأثيرها على موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف .

LES DEMANDES CONSECUTIVES A LA REVELATION D'UN FAIT ET SON INFLUENCE SUR L'OBJET DE LA DEMANDE EN APPEL.

فى نطاق دراستنا هذه المكرسة لدراسة النظام القانونى للإستئناف وإمكانية استخدامه كوسيلة فنية لإعطاء كل الفرص لخصومة أول درجة التى نقلت بالطعن ، أمام محكمة الإستئناف ، لكى تعطى كل احتمالاتها ses éventualit és بحيث يساعد هذا على حسم النزاع بصورة نهائية أمام محكمة الدرجة الثانية ، فإننا بناء على ذلك سوف نتولى فى هذه الدراسة بحث المسائل الآتية :

١ - ماهية الطلبات المتولدة عن اكتشاف واقعة جديدة .

٢ - ومدى تاثير هذه الطلبات ، حين تطرح على محكمة ثانى درجة ، على موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف .

١ - فى فكرة اكتشاف واقعة فى نطاق قانون المرافعات

LA NOTION DE LA REVELATION D'UN FAIT

تنص المادة ٥٦٤ من قانون المرافعات الصادر سنة ١٩٧٦ على أن الأطراف ليس لهم طرح طلبات جديدة أمام محكمة الإستئناف ، مالم تكن هذه الطلبات ترمى إلى طلب المقاصة ، أو تهدف إلى استبعاد الإدعاءات التى يوجهها الخصم ، أو تكون غايتها التوصل إلى الفصل فى المسائل المتولدة عن اختصام الغير أو عن اكتشاف واقعة .

Les parties ne peuvent soumettre à la Cour de nouvelles prétentions, si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faires juger les questions n ées de l'intervention d'un tiers ou de la r év élation d'un fait.

الواقعة المكتشفة ، والتى بناء عليها سوف تطرح ادعاءات جديدة أمام محكمة الإستئناف ، يجب أن تتميز عن الواقعة الجديدة . فتوجد واقعة مكتشفة un fait révélé ، حينما تكون هذه الواقعة المدعى بها قد نتجت خلال سير خصومة الإستئناف (١) .

وبناء على هذا فقد أمكن القول بأن الوقائع تعتبر وقائع مكتشفة إذا كان هذا الإكتشاف قد تم أثناء سير خصومة الإستئناف ، وتم الكشف عن هذه الوقائع من الأوراق المطروحة فى هذه الخصومة أو من إجراءات التحقيق التى اتبعت فى هذه الخصومة . وينتج من هذا أن الوقائع التى كانت معروفة من قبل les faits qui étaient dégà connus أثناء خصومة أول درجة يجب استبعادها من نطاق الوقائع التى من الممكن اعتبارها " وقائع مكتشفة أثناء سير خصومة الإستئناف " .

---

(١) V : L'étude exhaustive de cette notion in :

MIGUET : Immutabilité et évolution du litige , op. cit. p. 349.

JUILLARD et LANDRY: Les conclusion d'appel et l'évolution du litige, Gaz. pal. 1975, p. 16 et s.

VINCENT : Les dimension nouvelles de l'appel quant à l'objet du litige, Gaz. Pal. 1974. p. 407 et s.

VINCENT : Lest dimensions nouvelles de l'appel, Loc. cit.

RAYNAUD: L'effet dévolutif et la loi nouvelle, J.C.P., 1942, No. 291.

GIVERDON : gAZ. PAL., 1975.

ومن جهة ثانية ، يلاحظ أن الحكم الصادر من أول درجة يمكن اعتباره مكونا لوسيلة فنية لكشف هذه الواقعة .

وفى هذا الصدد يرى الأستاذ " بيرو " أن الحكم الصادر من أول درجة يمكن أن يكون وسيلة لكشف واقعة ، مثال ذلك الأخطاء الإجرائية التى يشملها هذا الحكم . أوجه البطلان هذه التى لايمكن التمسك بها إلا بعد صدور الحكم ، لأنها لصيقة به ، تكون متعددة الصور . مثال ذلك إعلان مذكرات بعد قفل باب المرافعة وبناء الحكم على وقائع مستمدة من هذه المذكرات ، وسائل اثارها القاضى من تلقاء نفسه وبنى حكمه عليها دون أن تخضع هذه الوسائل لمناقشة حضورية من جانب الخصوم ، سماع أحد الخصوم بعد اقفال باب المرافعة أو بناء الحكم فى هذه الأحوال على وقائع مستخلصة من هذه الأمور .

وبناء على هذا فإن الواقعة المكتشفة توجد فى حالة قوة سواء أمام محكمة الإستئناف ، أو فى طيات حكم أول درجة المطعون فيه . ويجب أن تكون هذه الواقعة المكتشفة ضمن عناصر النزاع فى امتداده بين أول درجة وثانى درجة ، وهنا يوجد مظهر من مظاهر استمرار النزاع بين درجتى القضاء .

ويرى الأستاذ " فنسان " أن مثل هذه الواقعة توجد فى طيات النزاع ولكنها كانت غير معروفة من جانب الخصوم ، أو من جانب أحدهما فقط نتيجة اهمال أو غش ، ولكن هذه الواقعة تم اكتشافها لحظة الطعن بالإستئناف أو أثناء سريان خصومة الإستئناف (١) . هذه الواقعة قد تكون واقعة قانونية أو واقعة مادية . اكتشاف هذه الواقعة سوف يحرك إمكانية طرح مجموعة طلبات جديدة أمام محكمة ثانى درجة ، أو يساعد

---

(١) VINCENT : Loc, cit.

فى إعادة طرح مجموعة طلبات سبق طرحها من قبل أمام أول درجة ، ولم يفصل فيها لسبب أو لآخر ، مرة ثانية أمام محكمة الإستئناف .

ومن المنطقى القول بأن اكتشاف هذه الواقعة أمام محكمة الإستئناف يخول الطرف ذو المصلحة أن يطرح مثل هذه الطلبات لأول مرة أمام هذه المحكمة .

وإزاء هذه الرخصة التى تخولها الواقعة المكتشفة للأطراف ، فقد ذهب بعض الفقه إلى محاولة حصر النطاق الذى تلعب فيه الواقعة المكتشفة دورها أمام محكمة الإستئناف ، فذهب البعض إلى القول بأن الواقعة المكتشفة يجب أن يتم اكتشافها بعد اصدار قرار المحكمة بإقفال باب المرافعة وذلك أمام أول درجة . ومع هذا فإن هذا الرأى يذهب إلى امكانية ظهور هذه الواقعة من خلال مستندات أو أوراق تم طرحها فى خصومة الإستئناف [1] . وفى نطاق التقييد من الدور الذى تلعبه فكرة الواقعة المكتشفة أمام محكمة الدرجة الثانية ، ذهب هذا الفقه إلى القول بأن عدم اكتشاف هذه الواقعة ، حتى لحظة وصول النزاع الى محكمة الدرجة الثانية يجب أن يكون راجعا إلى أسباب مشروعة ، بمعنى أن من يتمسك بهذه الواقعة يجب ألا ينسب إليه اهمال .

ومن جهة أخرى ، فإن القضاء فى إعماله لهذه الفكرة - فكرة الواقعة المكتشفة أمام محكمة الإستئناف - قد أظهر الكثير من الحرص والحذر . فعلى سبيل المثال ، صدر حكم من محكمة استئناف " بواتييه " مقررا أن المدعية لاتستطيع المطالبة أمام محكمة الدرجة الثانية بتعويضات ، وبنفقة وقتية ، وذلك لأول مرة ، أى بناء على طلب جديد يطرح أمام هذه المحكمة على أساس اكتشاف واقعة جديدة . هذه الواقعة

---

(١) JUILLARD et LANDRY: Loc. cit.

هى وجود علاقة غير مشروعة بين زوجها وامرأة أخرى . وقالت المحكمة أن مثل هذه الواقعة لاتعتبر جديدة ، فقد كانت المدعية على علم بهذه الواقعة من قبل [١] .

وحقيقة الأمر فإن الضوابط الواجب اعطائها لفكرة الواقعة المكتشفة سوف تكون مرهونة بالموقف الذى تتخذه محكمة النقض إزاء هذه الفكرة ، وإزاء تطبيق المادة ٥٦٤.

ويرى البعض أخيرا الواقعة المكتشفة le fait révélé تتميز عن الواقعة الجديدة le fait nouveau ، وفى هذا الصدد يرى الأستاذ " جيفردون [٢] أن الواقعة المكتشفة توجد فى الإطار العام لاستمرار وامتداد النزاع le prolongemeent du litige . هذه الواقعة المكتشفة تساهم فى إبراز تطور هذا النزاع ، وبناء على ذلك فمثل هذه الواقعة يجب أن توجد فى أساسها فى صلب الطلب الأصلى السابق عرضه على محكمة أول درجة .

Le fait révélé se situe dans le prolongement du litige initial, il en exprime l'évolution, donc il doit see trouver en germe dans ce litige.

أما الواقعة الجديدة le fait nouveau فهى ، على العكس ، كما يقول الأستاذ " جيفردون " ، واقعة توجد خارج en dehors أى علاقة بالنزاع الأصلى [٣] . وهذه الواقعة كان من الممكن أن توجد بغض النظر

---

(١) POITIERS 16/1/1973, Gaz. pal., 1973.I.410.

(٢) GIVERDON : Rapport, in : Gaz. pal., 1975, p. 27.

(٣) GIVERDON : Loc. cit.
- MIGUET, Thèse précitée, p. 430 et s.
- OMAR, La cause de la demande en justice, Thèse, Bordeaux p. 300 et s.
==

عن مضمون الحكم المطعون فيه وبغض النظر عن مضمون الطلب الأصلى .

٢ - تأثير الواقعة المكتشفة على موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف .

L'INFLUENCE DE LA REVELATION D'UN FAIT SUR L'OBJET DE LA DEMANDE EN APPEL.

هل اكتشاف الواقعة أمام محكمة الإستئناف يشكل أساسا صالحا لتقديم طلب جديد تماما لأول مرة أمام هذه المحكمة ، بحيث يطرح على هذا القضاء ، ضمن مايطرح ، طلب جديد بسببه sa cause وموضوعه son objet . أم أن اكتشاف هذه الواقعة لايكون مخولا للأطراف إلا إمكانية إعادة تجديد طرح بعض الطلبات السابق لهم طرحها من قبل أمام أول درجة ، ومع هذا لم يحكم فى هذه الطلبات لسبب أو لآخر ؟

وإذا كانت المادة ٥٦٤ من قانون المرافعات الفرنسى تضع القاعدة العامة فى تحريم ابداء الطلبات الجديدة لأول مرة أمام محكمة الإستئناف ، وتضع مع هذا بعض الإستثناءات على هذا الحظر ، فإن لنا التساؤل عن مدى السلطة المخولة للأطراف والتى تمكنهم من تقديم طلبات متولدة من اكتشاف الواقعة محل التساؤل أمام محكمة الدرجة الثانية . والواقع أن التساؤل الذى يثور الآن سببه نص المادة ٥٦٤ ذاتها فهى تصف الطلبات المتولدة عن اكتشاف الواقعة بأنها جديدة :

Les parties ne peuvent soumettre à la Cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour...... faire juger les questions nées...... de la révélation d'un fait.

== راجع الترجمة العربية لهذه الرسالة تحت عنوان " سبب الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف " ، منشأة المعارف ١٩٧٨. ص ٢٥٠ وما بعدها .

القراءة السريعة لهذا النص تحمل على القول بأن مثل هذه الطلبات يمكن ادراجها ضمن طائفة الطلبات الجديدة المرخص بها بمقتضى ذات المادة ٥٦٤ من قانون المرافعات . ولكننا لانعتقد ذلك . فقد سبق لنا القول أن نظرية الطلبات الإحتمالية تساهم في إعطاء الفرصة للطلب الأصلي بأن يكشف عن كل أسراره أمام محكمة ثاني درجة ، لهدف معين ، هو انهاء الخصومة تماما أمام محكمة الإستئناف ، دون حاجة للعودة مرارا وتكرارا أمام محكمة أول درجة للفصل فيما لم تفصل فيه من قبل . كل هذا يستجيب للهدف الجديد للنظامالقانوني للإستئناف كطريق انهاء للنزاع بصورة نهائية .

فالطلب الإحتمالي la demande virtuelle كما سبق القول ، يعتمد أساسا على الطلب الأصلي موضوعا وسببا ، فهل تكون الطلبات المتولدة من اكتشاف الواقعة أمام محكمة الإستئناف شأنها في ذلك شأن الطلبات الإحتمالية ؟ هل يتأثر موضوع الطلب الأصلي وسببه أمام محكمة الإستئناف نتيجة قبول هذه الطلبات ؟ الإجابة عن هذه الأسئلة لايمكن أن تتم إلا إذا أخذنا في الإعتبار عديدا من العناصر المختلفة .

فإذا كانت الواقعة المكتشفة le fait révélé توجد من قبل ضمن العناصر الأساسية للطلب الأصلي السابق عرضه على محكمة الدرجة الأولى ، فإن المادة ٧ من قانون المرافعات الفرنسي تنص على أن القاضي لايستطيع أن يؤسس حكمه على وقائع لم تكن داخلة في النزاع ، ومن بين عناصر النزع فإن القاضي يستطيع أن يأخذ في اعتباره حتى الوقائع التي لم يتمسك بها الخصوم بصفة خاصة لتأييد ادعهاءاتهم . ويسير النص الفرنسي على هذا النحو :

Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dand lee débat.

Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions.

ومن جهة أخرى وبالنظر إلى سلطات قاضى الإستئناف فإنه يستطيع استدعاء الأطراف أمامه لكى يقدموا له شروحهم ووجهات نظرهم فيما يتعلق بالواقعة التى يقدر القاضى أنها ضرورية لحل النزاع . ومن جهة أخرى وبإعمال نص المادة ١٢ من قانون المرافعات الفرنسى ، فإن سلطات القاضى إزاء الواقعة المكتشفة تستقر فى نطاق سلطاته إزاء عملية التكييف القانونى la qualification . فقاضى الإستئناف ، شأنه فى ذلك شأن قاضى الموضوع بصفة عامة ملزم بإعطاء أو إعادة إعطاء التكييف القانونى الصحيح للوقائع أو التصرفات المتنازع عليها . ومعنى هذه السلطة هو ببساطة أن قاضى الإستئناف عن طريق عملية التكييف القانونى ، وإعطاء الوصف الصحيح للوقائع ، فإنه يستطيع استخلاص جميع النتائج القانونية التى تتولد عن هذه الوقائع أو الأعمال .

أما بالنسبة لدور الأطراف إزاء الواقعة المكتشفة ، فإن اكتشاف هذه الواقعة يمنح هؤلاء الأطراف الفرصة لإعادة تقديم بعض الطلبات السابق تقديمها أمام أول درجة ولم يفصل فيها لسبب أو لآخر . هذه الطلبات إذ تقدم امام محكمة ثانى درجة ، فإن هناك عنصر جديد يدخلها، هذا العنصر الجديد هو الواقعة التى تم اكتشافها أمام محكمة الدرجة الثانية. هذه السلطة تمكن الأطراف من إعادة إدراج هذه الواقعة المكتشفة حديثا ، الموجودة من قبل فى الطلب الأصلى السابق طرحه على محكمة أول درجة ، فى الطلبات الجديدة المتضمنة لادعائاتهم أمام محكمة الإستئناف . وبناء على كل هذا ، وبالنظر إلى سلطات القاضى ، وسلطات الخصوم ، والشروط المطلوبة فى الواقعة المكتشفة ، فإن

الطلبات المبنية على هذه الواقعة الجديدة لاتشكل استثناء من قاعدة تحريم ابداء الطلبات الجديدة فى الإستئناف .

الواقعة المكتشفة أمام محكمة الدرجة الثانية تشكل فى حقيقة الأمر عنصرا هاما ، من العناصر التى تساهم فى إعطاء الطلب الأصلى كل إمكانيات التطور développement ، والإزدهار epanouissement أمام محكمة الدرجة الثانية .

ومن المفيد فى هذا الصدد أن نركز على أوجه الشبه التى توجد بينالواقعة المكتشفة أمام محكمة الإستئناف ، وبين الإدعاءات الضمنية : Les prétentions virtuelles .

- كلا الإثنين يحركان ازدهارا مقصودا فى موضوع الطلب الأصلى أمام محكمة الدرجة الثانية .

- كلا الإثنين لايشكلان أساسا لنشأة طلبات جديدة أمام محكمة الدرجة الثانية .

فالواقع أن موضوع الطلب القضائى ، وسببه ، يظلان كما هما ، أمام محكمةالدرجة الثانية ، رغم وجود الواقعة المكتشفة ، والواقع أن الحفاظ على الموضوع والسبب وعدم المساس بهما يعتبر شرط اساسى لقبول هذه الواقعة المكتشفة .

وبناء على هذا فقد ذهب البعض بحق إلى القول بأن الطلب المقدم أمام محكمة الدرجة الثانية بناء على الواقعة المكتشفة ، يجب أن يستند بصفة أساسية على هذه الواقعة .

هذا الشرط سوف يمنع تسرب واقعة جديدة un fait nouveau فى أساس الإدعاء الجديد المبنى على الواقعة المكتشفة .

والواقع أن الطلب الجديد الذى سوف ينبنى على الواقعة المكتشفة، سوف يتيح الفرصة لسبب الطلب القضائى الأصلى ، وموضوعه ، أن يعرضا بكامل صورتهما على محكمة الدرجة الثانية .

وبناء على كل هذا ، فإننا نقول مرة أخرى ، أن الواقعة المكتشفة أمام محكمة الدرجة الثانية يجب أن تجد قاعدتها son assiette فى الطلب الأصلى السابق عرضه أمام محكمة أول درجة ، وبمعنى آخر فإن هذه الواقعة المكتشفة يجب أن تربطها بالإدعاء الأصلى la prétention primitive رابطة ضرورية ووثيقة un lien nécessaire[1] .

فإذا تخلفت هذه العلاقة الوثيقة بين الطلب الأصلى والواقعة المكتشفة فإننا نكون بصدد واقعة جديدة وليس واقعة مكتشفة révélé هذه العلاقة الوثيقة يتم تقديرها فى اعتقادنا سواء بوجود هذه الواقعة من قبل فى الطلب الأصلى بحيث تكون جزء من كل .

ومن جهة أخرى فإن تقدير هذه الواقعة ومدى اعتبارها واقعة مكتشفة ، يكون بوجود هذه الواقعة كأحد الوقائع التى توجد فى استمرار النزاع بين أول درجة وثانى درجة ، بحيث أنه يجب ألا ينشأ عن هذه الواقعة المكتشفة أى انقطاع فى حدة النزاع :

le fait révélé ne doit jamais faire rompre l'unité de litige primitif.

وفيما يتعلق من جهة أخرى ، بالقانون المصرى ، فإننا نلاحظ أن المشرع المصرى لم يورد فى قانون المرافعات نصا مشابها لنص المادة

---

(١) GIVERDON : Op. cit., Loc. cit.
- JUILLARED et LANDRY: Op. cit. loc. cit.

٥٦٤ الفرنسى .

ومع هذا فإن الشرح السابق لمركز القانون الفرنسى إزاء الواقعة المكتشفة أمام محكمة الإستئناف يكون صالحا للعمل به فى القانون المصرى .

وقد يرد على هذا الإقتراح بأن قاعدة التقاضى على درجتين هى قاعدة متعلقة بالنظام العام فى مصر ، وبالتالى فأى طلب جديد يشكل خرقا لهذه القاعدة ، وبالتالى يتعلق تحريم الطلبات الجديدة فى الإستئناف بالنظام العام فى مصر .

والواقع أننا سبق أن ذكرنا أن شروط إعمال فكرة الواقعة المكتشفة أمام محكمة الإستئناف لاتشجع على القول بأن الطلبات المتولدة من هذه الأمور تكون طلبات جديدة بالمعنى الصحيح .

وننتقل الآن إلى دراسة الطلبات الجديدة بموضوعها المتولدة عن اختصام الغير لأول مرة فى الإستئناف .

٣٠٤ – **ثانيا** : اختصام الغير فى القانون الفرنسى لأول مرة أمام محكمة الإستئناف واثره على موضوع الطلب القضائى .

دراسة المركز القاضى للغير أمام محكمة الإستئناف محلها بصفة عامة هو المبحث الثالث من هذا الفصل حيث يتم لنا دراسة تدخل واختصام الغير بصفة عامة أمام محكمة الإستئناف ، وذلك حين نتناول قاعدة تحريم ابداء الطلبات الجديدة بأشخاصها لأول مرة أمام محكمة الإستئناف .

ومع ذلك فإننا ندرس هنا فقط مسألة الطلبات الجديدة بموضوعها والمتولدة من اختصام الغير لأول مرة امام محكمة الإستئناف وذلك فى

القانون الفرنسي . هذه الدراسة ، كما سوف نرى من بعد ، تهيئ لنا الفرصة لكي نرى مدى الترابط الوثيق الذى يوجد بين عناصر الطلب القضائى ، بحيث أن كل تغيير فى عنصر من عناصره يؤدى إلى تغيير مقابل فى العناصر الأخرى .

تنص المادة ٥٥٥ من قانون المرافعات الفرنسى على أن الأشخاص السابق ذكرهم فى المادة ٥٥٤ يجوز اختصامهم لأول مرة أمام محكمة الإستئناف حتى بهدف الحكم عليهم وذلك حينما يتضمن تطور النزاع ضرورة اختصامهم . والأشخاص الوارد ذكرهم فى المادة ٥٥٤ من قانون المرافعات الفرنسى هم أصحاب المصلحة الذين يجوز لهم التدخل الإختيارى فى خصومة الإستئناف .

نص المادة ٥٥٥ سالف الذكر يسير على النحو التالى :

Ces mêmes personnes peuvent être appelées devant la cour même aux fins de Condamnation, quand l'évolution du litige implique leur mise en cause.

وكما سوف نرى من بعد ، فإن نص المادة ٥٥٥ من قانون المرافعات الفرنسى قد أجاز لأول مرة فى تاريخ قانون المرافعات الفرنسى اختصام الغير لأول مرة أمام محكمة الإستئناف ، وذلك بهدف الحكم عليه، وذلك بشرط وحيد هو تطور النزاع . كل هذه الأفكار سوف تكون محلا لدراسة واسعة فيما يلى . ولكن الذى نود الإشارة اليه هنا ، هو أن اختصام الغير لأول مرة أمام محكمة الإستئناف سوف يهيئ الفرصة لطرح العديد من الطلبات الجديدة بموضوعها وسببها وأشخاصها لأول مرة امام محكمة الإستئناف كل ذلك بشرط وحيد هو أن يؤدى تطور النزاع إلى جواز إعمال هذا الإختصام .

الفـرع الثانى

تـدخل واختصام الغير لأول مرة امام محكمة الإستئناف وأثره على موضوع الطلب القضائى

٣٠٥ - إحالــة :

نحيل على ماسوف يلى فى المبحث الثالث من هذه الدراسة فيما يتعلق بفكرتى التدخل والإختصام لأول مرة أمام محكمة الإستئناف ومايؤدى اليه ذلك من توسيع فى الأثر الناقل للإستئناف من حيث الأشخاص .

وإنما الذى يهمنا الآن الإشارة اليه أن تدخل واختصام الغير يؤثر أيضا على نطاق الطلب القضائى المطروح أمام محكمة الإستئناف من حيث الموضوع . ذلك أن فى اختصام الغير لأول مرة أمام محكمة الإستئناف كما هو الحال فى القانونالفرنسى الذى يسمح بذلك إذا ماتطور النزاع يؤدى بهذا الشخص إلى طرح طلبات جديدة بموضوعها لأول مرة أمام محكمة الإستئناف . أيضا فإن الخصوم الأصليين فى خصومة الإستئناف سوف يردون على هذه الطلبات بطلبات مماثلة كما سوف نرى من بعد مما يؤدى إلى إحداث متغيرات اساسية فى نطاق خصومة الإستئناف من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع .

والتدخل الإنضمامى ، كما هو الحال فى القانون المصرى ، وإن كان لايترتب عليه السماح للمتدخل انضماميا بإبداء طلبات جديدة خاصة به، بل انه يقتصر عتلى مجرد المدافعة إلى جانب الخصم الذى تدخل إلى جانبه ، فإنه يؤثر فى نطاق موضوع الطلب القضائى ذاته بطريق غير مباشر كما سوف نرى من بعد .

وإعمال المادة ١١٨ من قانون المرافعات المصرى أمام محكمة

الإستئناف يؤثر هو ايضا على عناصر الطلب القضائى كما سوف نرى ايضا .

بل إن اعمال المادة ٢١٨ يؤدى هو أيضا الى تجميع كافة عناصر الطلب القضائى ومن بينها الموضوع مرة ثانية أمام محكمة الإستئناف بعد أن كان مسلك الخصوم المختلف إزاء الطعن بالإستئناف ، حيث قام البعض بالطعن ، ولم يطعن البعض الآخر أو كان قد قبل الحكم ، قد خرق وحدة هذه العناصر .

وحين تنص المادة ٢٢٩ من قانون المرافعات المصرى على أن استئناف الحكم المنهى للخصومة يستتبع حتما استئناف جميع الأحكام التى سبق صدورها فى القضية مالم تكن قد قبلت صراحة ، فإن ذلك يعتبر فى راينا أداة فنية جديدة تؤدى لا إلى موضوع جديد أمام محكمة الإستئناف بل إلى إعادة تكوين عناصر الطلب القضائى مرة ثانية أمام محكمة الإستئناف عن طريق توسيع قانونى للأثر الناقل للإستئناف .

الفرع الثالث

الإستئناف المقابل والإستئناف الفرعى والإستئناف الموجه من مستأنف عليه إلى مستأنف عليه آخر وأثر كل ذلك على موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الدرجة الثانية

٣٠٦ - تنص المادة ٢٣٧ من قانون المرافعات المصرى على أنه : " يجوز للمستأنف عليه الى ماقبل اقفال باب المرافعة أن يرفع استئنافا مقابلا بالإجراءات المعتادة أو بمذكرة مشتملة على أسباب استئنافه.

فإذا رفع الإستئناف المقابل بعد مضى ميعاد الإستئناف أو بعد قبول الحكم قبل رفع الإستئناف الأصلى اعتبر فرعيا يتبع الإستئناف

الأصلى ويزول بزواله " .

تعالج هذه المادة كلا من الإستئناف المقابل والإستئناف الفرعى .

وتنص المادة ٥٤٨ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد على أن: " الإستئناف من الممكن أن يرفع بصورة فرعية من المستأنف عليه سواء فى مواجهة المستأنف أو فى مواجهة المستأنف عليهم الآخرين " .

هذه المادة تعالج صورة جديدة من الطعن بالإستئناف لايعرفها قانون المرافعات المصرى ، وتسمى بالإستئناف الفرعى المرفوع من مستأنف عليه على مستأنف عليه آخر ، ونص المادة الفرنسى يسير على النحو التالى :

L'appel peut être incidemment relevé par l'intimé tant contre l'appelant que contre les autres intimés.

نعالج فيما يلى الإستئناف المقابل ، والإستئناف الفرعى ، واستئناف المستأنف عليه على مستأنف عليه آخر لنرى تاثير كل ذلك على موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف (١) .

٣٠٧ – أولا : الإستئناف المقابل :

يلجأ المستأنف عليه لرفع استئناف مقابل عندما يكون الحكم المستأنف عليه قد قضى لخصمه ببعض الطلبات ورفض البعض الآخر ، أى أن الإستئناف المقابل لايكون له محل إلا إذا كان الحكم صادرا لصالح

---

(١) العشماوى . ص ٨٩١ .
- فتحى والى . ص ٦١٢.
- ابو الوفا . المرافعات . ص ٧٨٩.
- كمال عبدالعزيز . ص ٤٧٤ .
- عبدالمنعم حسنى . ص ٤٥٣.

وضد كل الخصوم فى آن واحد . وعندئذ قد يرى المستأنف عليه أن يتريث حتى يتكشف موقف خصمه ، فإذا طعن بالإستئناف جاز له أن يرفع من جانبه استئنافا مقابلا حتى يستطيع أن يطرح أمام المحكمة الطلبات التى فصل فيها لمصلحة خصمه ، لأنه إذا لم يرفع استئنافا مقابلا فلا يكون لمحكمة الدرجة الثانية أن تنظر الا فيما يتظلم منه المستأنف الأصلى لتقضى بتأييده أو تعديله لمصلحته ، ويبقى ماحكم فيه ضد المستأنف عليه قائما محترما ، وذلك طبقا لقاعدة أن الإستئناف لايستفيد منه غير من رفعه ، وان الإستئناف لايتناول غير المسائل التى اشتملت عليها صحيفته .

وعلى ذلك وفى هذه الحالة فإن الإستئناف الذى يرفع أولا يعتبر استئنافا أصليا ولو تناول الملحقات ، وما يرفع بعد ذلك ونتيجة لرفع الإستئناف الأصلى يعتبر استئنافا مقابلا ولو تناول الموضوع الأصلى (١) .

وإذا رفعت استئنافات متتالية بصحف مستقلة اعتبر كل منها استئنافا أصليا ، والواقع أنه فى هذه الحالة لاتعتبر مثل هذه الإستئنافات مترتبة عتلى الإستئناف الذى رفع أولا ، كما لايوجد تعارض فى المصالح بين اصحاب هذه الإستئنافات المستقلة .

ويشترط لرفع الإستئناف المقابل مجموعة من الشروط هى :

١ - أن يكون هناك استئناف أصلى .

وبالتالى لايجوز أن يرفع استئناف مقابل عن حكم لم يسبق أن رفع عنه استئناف أصلى ، ولا يجوز أن يتناول الإستئناف المقابل طلبات قضى فيها لمصلحة خصم لم يستأنف ، ولايصح أن يرد الإستئناف

---

(١) كمال عبدالعزيز . ص ٤٧٤.

المقابل على حكم لم يتناوله الإستئناف الأصلى ولو كان صادرا فى نفس النزاع وبين نفس الخصوم (١) .

وإذا ضمت دعويان فالأصل أن الضم يتم فى هذه الحالة ليصدر فيهما حكم واحد ، ورغم ذلك فهذا الضم لايفقدهما ذاتيتهما ، وبناء على ذلك فإذا طعن بالإستئناف فى الحكم الذى يصدر فيهما وذلك بالنسبة لما قضى به فى احداهما ، لم يكن للمستأنف عليه أن يرفع استئناف مقابل عن ذات الحكم بالنسبة لما قضى به فى الدعوى الأخرى (٢) .

أما إذا كانت الدعويان متحدتين فى كافة العناصر ، فإنهما تصبحان بالضم مندمجتين ، وتفقد كل منهما ذاتيتها ومن ثم يجوز فى الإستئناف المرفوع عن الحكم بالنسبة الى أحدهما رفع استئناف مقابل أو فرعى عما قضى به نفس الحكم فى الدعوى الأخرى (٣) .

ويرى البعض أنه إذا تناول الحكم الفصل فى عدة طلبات ورفع استئناف أصلى عن بعضها جاز للمستأنف عليه أن يرفع استئنافا مقابلا عن بقية الطلبات ولو أن الإستئناف الأصلى لم يتناولها (٤) . ومع ذلك فهناك رأى يرى القول بعكس ذلك على اعتبار أن كل طلب يعتبر مستقلا عن الأخر وكأنه قد صدر به حكم مستقل (٥) .

---

(١) العشماوى . ص ٨٩٢ .
(٢) كمال عبدالعزيز . ص ٤٧٥.
(٣) كمال عبدالعزيز . ص ٤٧٥.
- نقض مدنى ١٩٥٢/٥/٢٢ مجموعة النقض س ٣ ص ١١٠٠ .
- نقض مدنى ١٩٧٢/٥/١٢ مجموعة النقض س ٢٣ ص ٩٢٦.
(٤) العشماوى . ص ٨٩٣ .
- كمال عبدالعزيز . ص ٤٧٥ .
- عبدالمنعم حسنى . ص ٤٥٤ .
(٥) مصر الإبتدائية الأهلية ١٩٢٥/١/١٤. المحاماة س ٦ ص ١٥٠.

٢ - ويشترط لقبول الإستئناف المقابل أيضا أن يكون لرافعه مصلحة فى رفع هذا الطعن وهذه المصلحة تظهر دائما فى جميع الحالات التى يقضى فيها الحكم المستأنف لغير صالح رافع الإستئناف المقابل . أما إذا كان الحكم المطعون فيه قد أهدر بعض أوجه دفاع المستأنف عليه أو دفوعه فإنها تعد مطروحة على محكمة الإستئناف بناء على رفع الإستئناف الأصلى (١) . وللمستأنف عليه مصلحة دائما فى أن يرفع استئنافا مقابلا عما قضى فيه لغير مصلحته لأنه لايستفيد من الإستئناف الأصلى . وقد ثار الخلاف حول الحاجة إلى رفع استئناف مقابل من جانب المستأنف عليه إذا كان الإستئناف الأصلى قد طرح على المحكمة الإستئنافية كل القضية التى فصل فيها الحكم الصادر من أول درجة ، ويريد المستأنف عليه من محكمة الإستئناف اصدار حكم أسوأ بالنسبة للمستأنف .

وكان السؤال يدور حول :

هل يلزم المستأنف عليه فى هذه الحالة برفع استئناف مقابل ، أم يكفيه الدفاع فى الإستئناف الأصلى للتوصل إلى مايريده (٢) . هنا انقسم الفقه إلى فريقين ، فريق يرى أن المستأنف عليه يكفيه الدفاع فى الإستئناف الأصلى لكى يصل إلى مايريد . بينما يرى البعض الآخر أنه من الضرورى رفع استئناف مقابل من جانب المستأنف عليه حتى يمكنه التوصل إلى جعل مركز المستأنف الأصلى اكثر سوءا ، لأنه فى كل حالة يزيد المستأنف عليه الأصلى تغيير الحكم المستأنف لصالحه فإنه يجب عليه أن يرفع استئنافا مقابلا ، ذلك أن الطعن يجب ألا يضر من رفعه ،

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٨/١/٢٦ مجموعة النقض س ١٩ ص ٢٥٦.

(٢) فتحى والى . ص ٦١٤.

وعلى هذا يسير القضاء المصرى [1] .

٣ - ويشترط من جهة أخرى لقبول الإستئناف المقابل ألا يكون المستانف عليه قد قبل الحكم المستأنف قبل رفع الإستئناف الأصلى ، فإن كان قد قبله قبل ذلك اعتبر استئنافه فرعيا .

٤ - ويجب أن يرفع الإستئناف المقابل فى ميعاد الإستئناف ، فإذا رفع بعد الميعاد عد استئنافا فرعيا .

والواقع أن الفقرة الأولى منالمادة ٢٣٧ من قانون المرافعات المصرى تثير بعض اللبس بصددميعاد رفع الإستئناف المقابل . فهى تنص على انه يجوز للمستأنف عليه إلى ماقبل قفل باب المرافعة رفع استئنافا مقابلا .

معنى ذلك - حسب عتبارات النص - أنه يجوز رفع الإستئناف المقابل إلى ماقبل اقفال باب المرافعة حتى ولو كان ميعاد الإستئناف قد فات .

والواقع أننا نرجح هذا الإستدلال نظرا لوضوح وعموم النص فى هذه الحالة . وعلى ذلك فطالما باب المرافعة فى الإستئناف الأصلى مازال مفتوحا فإنه يجوز رفع استئناف مقابل من جانب المستأنف عليه .

ويعد باب المرافعة مقفولا إذا بدأت المحكمة فى المداولة أو إذا أبدت النيابة العامة طلباتها إن كانت طرفا منضما [2] .

أما إذا قررت المحكمة حجز القضية للحكم مع التصريح بتقديم

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٥/٣/٤ مجموعة النقض س ١٦ ص ٢٧٣ مشار اليه فى فتحى والى . المرجع السابق . ص ٦١٢.

(٢) ابو الوفا . المرافعات . ص ٧٩١ .

مذكرات فى ميعاد معين فلا يعد باب المرافعة مقفولا ومن ثم يجوز ابداء الإستئناف المقابل قبل انتهاء الأجل الذى جددته المحكمة لتقديم المذكرات .

ومع ذلك فيشترط البعض رفع الطعن بالإستئناف المقابل فى خلال ميعاد الإستئناف وإلا كان غير مقبول (١) .

ومع ذلك فهناك فريق قوى فى الفقه يؤيد وجهة النظر التى نقول بها ، ويرى أنه ايا كان طريق رفع الإستئناف المقابل فإنه لايقبل بعد اقفال باب المرافعة فى الإستئناف الأصلى (٢) .

والإستئناف المقابل هو استئناف مستقل عن الإستئناف الأصلى فلا يتأثر بعيوب هذا الأخير ولايزول بزواله . والإستئناف المقابل ينشئ خصومة مستقلة عن الخصومة التى ينشئها الإستئناف الأصلى ولو رفع بمذكرة (٣) .

٣٠٨ - والإستئناف المقابل يرفع بالإجراءات المعتادة لرفع الإستئناف ، أى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ويكون لها ذات شكل صحيفة الإستئناف الأصلى .

ويرفع الإستئناف المقابل ايضا بمذكرة مكتوبة يقدمها المستأنف عليه بشرط أن تشتمل على اسباب الإستئناف المقابل ، وبناء على ذلك فلا يجوز رفع الإستئناف المقابل شفاهة ، ومعنى ذلك أن المشرع لم يشأ أن يتبع فى شأن رفع هذا الإستئناف الطريق الذى يرفع به الطلب العارض(٤)

---

(١) العشماوى . ص ٨٩٤ .

(٢) فتحى والى . ص ٦١٥ .

(٣) كمال عبدالعزيز .

(٤) نقض مدنى ١٩٦٤/٣/٥ مجموعة النقض س ١٥ ص ٣١٥ .

- استئناف الإسكندرية ١٩٥٤/١١/١١ القضية رقم ٧ لسنة ١٠ قضائية .

وفيما يتعلق بأثر الإستئناف المقابل على موضوع الطلب القضائى، فالواقع أن رفع الإستئناف المقابل لايؤدى إلى طرح طلب جديد بموضوعه أو بسببه أو بأشخاصه لأول مرة أمام محكمة الإستئناف .

وإنما يقتصر دور الإستئناف المقابل كأداة فنية من أدوات النظام القانونى للطعن بالإستئناف على إعادة تجميع كافة عناصر موضوع الطلب القضائى مرة ثانية أمام محكمة الإستئناف ، ذلك أن المستأنف عليه حين يستعمل الإستئناف المقابل فإنه يؤدى إلى إعادة طرح الجزء من الحكم الضار به أو الصادر فى غير صالحه مرة ثانية أمام محكمة الطعن ، هذا الجزء يضاف إلى الجزء من الحكم الذى طعن فيه بصفة أصلية فيتكامل مرة ثانية موضوع الطلب القضائى الأصلى أمام محكمة الإستئناف .

ولكن يجب أن تراعى الحيطة والحذر من أن يتخذ الإستئناف المقابل وسيلة لطرح طلبات جديدة لأول مرة أمام محكمة الإستئناف .

٣٠٩ – ثانيا – الإستئناف الفرعى (١) :

الإستئناف الفرعى هو نوع من أنواع الإستئناف التابع للإستئناف الأصلى . والإستئناف الفرعى يواجه الحالة التى يصدر فيها حكم من محكمة أول درجة . ويكون هذا الحكم مفيدا وضارا بكل الخصوم فى آن واحد . أى أن كلا منهم يعتبر محكوما له ومحكوما عليه فى نفس الوقت . وقدر المشرع أن أحد الخصوم فى الدعوى الأصلية الصادر فيها هذا الحكم قد يفوت ميعاد الإستئناف على نفسه أو قد يرضى بالحكم وذلك اعتمادا على أن خصمه لم يستأنفه وأنه قد رضى به . فإذا ماقام هذا الخصم باستئناف هذا الحكم فى الميعاد فإنه من الظلم أن يظل من فوت

---

(١) R. GUILIET et R. MEURISSE : Les limites de l'appel incident. J.C.P. 1954, No. 1161.

الميعاد أو رضى بالحكم فى هذا المركز .

لذلك اباح له المشرع رغم فوات ميعاد الإستئناف أو الرضا بالحكم أن يعود ويرفع استئنافا مقابلا يسمى بالإستئناف الفرعى .

ومن هذا التعريف يتضح أنه يجب أن تتوافر مجموعة من الشروط حتى يمكن اعتبار استئناف ما استئنافا فرعيا يتبع الإستئناف الأصلى ويزول بزواله .

هذه الشروط هى :

١ - يعتبر الإستئناف الأصلى مفترضا قانونيا لوجود ولصحة الإستئناف الفرعى . فهذا الأخير يوجد بوجود الإستئناف الأصلى ويزول بزواله وذلك على خلاف الإستئناف المقابل . وعلى ذلك نصت المادة ٢/٢٣٧ بقولها أن الإستئناف الفرعى يتبع الإستئناف الأصلى ويزول بزواله . وبناء على ذلك فإن قبول الإستئناف الفرعى يتوقف على قبول الإستئناف الأصلى .

وإذا حكم بعدم قبول الإستئناف لأى سبب زال الإستئناف الفرعى أو كان غير مقبول (١) . وكذلك الأمر إذا حكم ببطلان الإستئناف الأصلى أو اعتبر كأن لم يكن ، وإذا حكم بسقوط الخصومة فى الإستئناف الأصلى أو بقبول تركها زال أيضا الإستئناف الفرعى .

وقد بينّا فيما سبق أنه إذا كان الأصل هو أن المستأنف الأصلى ليس له ترك الخصومة بعد رفع الإستئناف الفرعى إلا إذا قبل المستأنف عليه هذا الترك وذلك حينما يكون هذا الأخير قد رفع استئنافا فرعيا ، إذ أنه بذلك يكون قد قدم طلبا فى الخصومة ، فإنه مع ذلك واستثناء من

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٤/٣/٥ مجموعة النقض س ٦٥ ص ٣١٥ .

القواعد العامة ، لايشترط هذا القبول فى حالة ما إذا اقترن ترك الإستئناف الأصلى بالنزول عن الحق فى الإستئناف أو كان ميعاد الإستئناف الأصلى قد انقضى وقت الترك فهنا لايستطيع المستأنف الأصلى رفع استئنافا أصليا مرة ثانية [1] .

وقد سبق القول أن الإستئناف المقابل بما أنه مستقل عن الإستئناف الأصلى فإنه لايتأثر بشئ من ذلك .

٢ - ويشترط من جهة أخرى لقبول الإستئناف الفرعى فى حالة قبول المستأنف عليه للحكم المستأنف أن يكون هذا القبول قد تم قبل رفع الإستئناف الأصلى . أما إذا تم هذا القبول بعد رفع الإستئناف الأصلى فلا يقبل الإستئناف الفرعى . وعلة ذلك أن القبول السابق على الطعن يعتبر قبولا معلقا على شرط عدم الطعن فى الحكم بالإستئناف ، أما إذا حدث هذا الطعن فقد زالت مبررات هذا القبول . وحكم بناء على ذلك بأن طلب المستأنف عليه تأييد الحكم المستأنف يعتبر قبولا منه لذلك الحكم مانعا من اقامة استئناف فرعى بطلب تعديل الحكم [2] . فهذا القبول هو فى الواقع قبول تال للطعن فى الحكم .

٣ - ويرفع الإستئناف الفرعى ، كما هو الحال بالنسبة للإستئناف المقابل ، من جانب المستأنف عليه فى الإستئناف الأصلى ، وهذه القاعدة تسرى على من يعتبرهم القانون ممثلين فى الدعوى بالنسبة للمستأنف عليه . وبناء على ذلك يجوز للدائنين أن يرفعوا استئنافا مقابلا أو فرعيا عن حكم صادر ضد مدينهم ، وأيضا فى حالات التضامن والضمان يجوز أن يرفع الإستئناف الفرعى من غير المستأنف عليه فى

---

(١) فتحى والى . ص ٦١٦.

(٢) نقض مدنى ١٩٦٥/٣/٤ مجموعة النقض س ١٦ ص ٢٧٣.

الإستئناف الأصلى [1] .

وفى غير هذه الحالات فإذا استؤنف حكم ضد بعض الخصوم فلا يجوز لمن لم يوجه اليه الطعن أن يرفع استئنافا مقابلا أو فرعيا ، لأن الإستئناف الأصلى لايؤثر فى حقوقه وكل ماله إذا اراد اصلاح الحكم أن يرفع استئنافا أصليا فى الميعاد [2] .

ومن جهة أخرى فإن المستأنف الأصلى لايجوز له رفع استئناف مقابل أو فرعى يترتب على الإستئناف المقابل أو الفرعى الذى رفعه خصمه .

بينما يرى البعض الآخر أن المستأنف الأصلى يصبح مستأنفا عليه فى الإستئناف الفرعى ويجوز له فى هذه الحالة أن يرفع استئنافا فرعيا بعد الميعاد [3] .

والواقع أن هذا الرأى الأخير يسمح للمستأنف الأصلى عن طريق رفع الإستئناف الفرعى أو المقابل - فى هذه الحالة - بطرح الطلبات التى لم تشملها صحيفة الإستئناف الأصلى . كما تتبدى فائدة هذا الرأى بالنسبة للمستأنف الأصلى فى الأحوال التى ينقضى فيها ميعاد الإستئناف . أما إذا كان ميعاد الإستئناف لايزال قائما ، فيمكن لكل من الخصمين أن

---

(١) استئناف مختلط ١٩٣٥/١٢/٣ المحاماة س ١٧ ص ٣٥٧ حكم رقم ١٨٥.
(٢) العشماوى . ص ٨٩٦.
(٣) راجع العشماوى . ص ٨٩٦ هامش رقم ٤ .
- ويلاحظ فى هذا الصدد أنه إذا خول المشرع للمستأنف عليه رفع الإستئناف الفرعى بعد مضى ميعاد الإستئناف ، وبعد قبوله للحكم قبل رفع الإستئناف الأصلى من خصمه ، فإنه يكون قد أجاز استثناء رفع الإستئناف الفرعى عن حكم أصبح نهائى فى حق رافعه : نقض مدنى ١٩٦٥/٣/١١ مجموعة النقض س ١٦ ص ٣٠٤ .

يستأنف الأحكام الصادرة فى غير مصلحته ويستكمل بها الإستئناف الأصلى أو المقابل .

وفى رأينا فإنه لاشك فى وجاهة هذا الرأى فى مجمله ، إذ هو يبدأ من وجهة نظر تأخذ فى الإعتبار المراكز الإجرائية للخصوم أمام محكمة الإستئناف فى تكوينها الفنى - فكل خصم فى مثل هذا المركز تصدق بالنسبة له صفتا المستأنف والمستأنف عليه فى آن واحد . وبناء على ذلك كان من الواجب اعطاء كل خصم بناء على ازدواج صفته (مستأنف ومستأنف عليه) كل الأدوات الفنية التى تسمح له بطرح مايريد أمام محكمة الإستئناف عن طريق استخدام هذه الأدوات . ولايقدح فى هذا الرأى القول بأن المستأنف (سواء كان أصليا أو كان رافعا لاستئناف مقابل أو فرعى) كان له زمام المبادرة وكان بيده أن يضمن صحيفة الإستئناف كل مايعن له من أمور أو وسائل . وذلك لأن المراكز الإجرائية يجب النظر اليها فى حالة الحركة وبالنظر إلى الآثار التى تحدثها طلبات الخصوم داخل الخصومة المدنية . فهذه الطلبات تغير بصفة دائما من مراكز الأطراف وتؤدى إلى منح هؤلاء كافة الأدوات الفنية التى يخولها لهم مركزهم الجديد الناشئ عن هذه الطلبات .

٤ - لايقبل الإستئناف الفرعى إلا إذا رفع قبل اقفال باب المرافعة فى الإستئناف الأصلى ، فهو لايعدو أن يكون استئنافا مقابلا رفع بعد مضى الميعاد أو بعد قبول الحكم قبل رفع الإستئناف الأصلى .

وإذا حكم فى الإستئناف الأصلى ثم الغى هذا الحكم فى النقض ، فإنه يترتب على ذلك أن تعود الخصومة ويعود الخصوم الى ماكانت وكانوا عليه قبل اصدار الحكم المنقوض ، فيكون للمستأنف عليه أن يرفع بعد الإحالة استئنافا فرعيا عن الحكم الذى رفع عنه خصمه الإستئناف

الأصلى متى توافرت الشروط اللازمة لذلك (١) . ومسألة قبول أو عدم قبول الإستئناف الفرعى تتعلق بالنظام العام .

٥ - والقاعدة هى أن الإستئناف المقابل أو الفرعى لايوجه إلا للمستأنف الأصلى . فإذا كان هناك خصوم آخرون واراد المستأنف عليه أن يختصمهم أمام محكمة ثانى درجة وجب عليه أن يوجه لهم استئنافا أصليا فى المواعيد المحددة . كما لايجوز أن يوجه الإستئناف المقابل أو الفرعى للمستأنف إلا بصفته التى اتخذها فى استئنافه الأصلى . ولايوجه الإستئناف المقابل أو الفرعى من مستأنف عليه فى الإستئناف الأصلى إلى مستأنف عليه آخر ولو كان هذا الأخير قد رفع استئنافا فرعيا أو مقابلا ضد المستأنف الأصلى وذلك عكس الوضع فى القانون الفرنسى الجديد كما سوف نرى من بعد .

وإذا قضى لمصلحة خصم ضد شخصين ، فرفع أحدهما استئنافا أصليا فى الميعاد فالإستئناف المقابل أو الفرعى الذى يوجه الأخر للمحكوم له يكون غير مقبول لأنه رفع ضد شخص لم يوجه له استئنافا أصليا .

٣١٠ - ويرفع الإستئناف الفرعى بذات الطريقة التى يرفع بها الإستئناف .

فقد يرفع بصحيفة مماثلة تماما لصحيفة الإستئناف الأصلى ويجرى اعلانها كما هو الشأن بالنسبة للإستئناف الأصلى (٢) .

كما يجوز رفع الإستئناف الفرعى بمذكرة مشتملة على أسبابه تقدم عند نظر الدعوى ، وبناء على ذلك لايجوز ابداء الإستئناف الفرعى

---

(١) نبيل عمر . النظرية العامة للطعن بالنقض . ص ٤٥٠ وما بعدها .

(٢) نقض مدنى ١٩٦٧/٤/٢٣ مجموعة النقض س ١٩ ص ٨٢٦ .

شفاهــة [1] .

٣١١ - ماهو اثر الإستئناف الفرعى علــى موضــوع الطلــب القضائى :

لاشك أن الإستئناف الفرعى يؤدى إلى توسيع الأثر الناقل للإستئناف من ناحية الموضوع . ولايوجد عند استخدام هذا النوع من أنواع الإستئناف أى تغيير فى العنصر الشخصى للطلب القضائى أمام محكمة الدرجة الثانية .

توسيع الأثر الناقل للإستئناف من ناحية الموضوع بناء على رفع الإستئناف الفرعى لايعتبر بمثابة طلبات جديدة بموضوعها ، لأن اتساع نطاق الموضوع أمام محكمة الدرجة الثانية يتم عن طريق طرح عناصر الموضوع التى سبق طرحها أمام أول درجة ، والتى لم يشملها الإستئناف الأصلى . وبهذا لانكون إزاء طلبات جديدة بموضوعها [2] .

ويلاحظ بناء على ذلك أن الإستئناف المقابل أو الفرعى كلاهما متى حكم بقبوله فإن المحكمة تفصل فى الإستئناف على اعتبار أنه مقدم من كل من الطرفين بحيث تملك المحكمة إعادة النظر فى الدعوى من جديد فى حدود طلبات كل من المستأنف الأصلى والمستأنف الآخر [3] .

والإستئناف الفرعى ، كما هو الحال فى الإستئناف المقابل ، يجوز أن يتناول من الحكم المستأنف مالم يرد عليه الإستئناف الأصلى .

وقد حكم بناء على ذلك بأنه إذا تناول الحكم الفصل قطعيا فى عدة

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٤/٣/٥ مجموعة النقض س ١٥ ص ٣١٥ .

(٢) نبيل عمر . سبب الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف . ص ١٢٠.

(٣) ابو الوفا . المرافعات ط ١٢ . ص ٧٩٥ هامش ١ .

طلبات ومسائل ورفع استئناف أصلى عن قضائه فى أحدها ، جاز للمستأنف عليه أن يرفع بعد فوات ميعاد الإستئناف استئنافا فرعيا يدور وجودا وعدما مع الإستئناف الأصلى ، ليس فقط عن قضاء الحكم فى هذا الطلب ، وإنما أيضا عن قضائه فى الطلب والمسائل الأخرى التى لم يرد عليها الإستئناف الأصلى [1] .

وإذا مارفع الإستئناف الفرعى أو المقابل فإن سلطة محكمة الإستئناف تتسع بناء على كل ذلك وتفصل فى كل وجوه الطعن لمصلحة المستأنف اصليا أو مقابلا أو فرعيا . وذلك بعد أن كان لايمكنها أن تنظر إلا فيما يتظلم منه المستأنف الأصلى فقط وذلك إذا لم يرفع استئناف مقابل أو فرعى .

ومن جهة أخرى فرفع الإستئناف الأصلى يحول - كقاعدة عامة - دون تنفيذ ماحكم به لمصلحة رافعه ، وذلك لأن للمستأنف عليه حق الإستئناف استئنافا مقابلاً أو فرعيا مادام الإستئناف الأصلى قائما لم يحكم فيه ، ومادام المستأنف عليه لم يسقط حقه فى الإستئناف الفرعى [2] .

٣١٢ - **ثالثا : استئناف المستأنف عليه على مستأنف عليه آخر وأثره على موضوع الطلب القضائى فى الإستئناف .**

هل من المتصور فى نطاق خصومة الإستئناف حين يتعدد أطرافها ، أن يقوم احد المستأنف عليهم بتوجيه استئناف إلى مستأنف عليه آخر ؟ L'appel d'intimé à intimé .

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٥/٥/١٦ مجموعة النقض س ٢٣ ص ٩٢٦.

(٢) نبيل عمر . إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية . الطبعة الأولى والثانية ص ٢٥٠ . مؤسسة الثقافة الجامعية . الإسكندرية ١٩٧٩ ، ١٩٨٠ .

- نبيل عمر . الوسيط فى التنفيذ الجبرى. دار الجامعة الجديدة . ١٩٩٩ .
- نبيل عمر . الوسيط فى قانون المرافعات . ١٩٩٩ .

بمعنى آخر إذا رفع الإستئناف الأصلى فى فرض غاية فى البساطة من جانب مستأنف أصلى على اثنين من المستأنف عليهم ، وبعد قيام خصومة الطعن ، هل يجوز أن يوجه أحد المستأنف عليهم استئنافا إلى مستأنف عليه آخر ؟ وما نوع هذا الإستئناف ، وبماذا يسمى ، وماهو نظامه القانونى ، وأخيرا ماهو تاثير ذلك على موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف . لايعرف التشريع المصرى هذه الصورة من صور الإستئناف الذى يسمى فى فرنسا باستئناف المستأنف عليه على مستأنف عليه آخر.

والفقه فى مصر هو والقضاء مستقر على أنه لايقبل الإستئناف الفرعى إلا فى مواجهة مستأنف عليه آخر [1] . والإستئناف الفرعى لايرفع إلا من المستأنف عليه فى الإستئناف الأصلى ، ويوجه إلى المستأنف الأصلى [2] .

أما فيما يتعلق بقانون المرافعات افرنسى الصادر سنة ١٩٧٦ فإنه يمكن القول أن هذه الصورة من صور الإستئناف الفرعى من مستأنف عليه على مستأنف عليه آخر قد وجدت قبولا من المشرع الفرنسى [3] .

وتنص المادة ٥٤٨ من قانون المرافعات الفرنسى على أن : "يمكن رفع الإستئناف بصفة عارضة من جانب المستأنف عليه سواء ضد

---

(١) ابو الوفا . المرافعات ط ١٢ ص ٧٩٢. هامش ١ .

- استئناف مختلط ١٩٤٥/٤/٥. مجلة التشريع والقضاء . س ٥٧. ص ١٧.

(٢) نقض مدنى ١٩٦٩/١٢/٢ مجموعة النقض س ٢٠ ص ١٢٤٨ .

(٣) LYON : 27/4/1967. Gaz. pal. 1967.2.62.

PERROT et TISSOT : Les effets de l'appel, l'ouverture quant aux personnes: Gaw. Pal. 1974. p. 408 et s.

VOIR : Le Commentaire très documenté de madame Sinay, sous cass. comm. 13/2/1952. J.C.P. 1957. No. 10170.

المستأنف الأصلى أو ضد المستأنف عليهم الآخرين " .

L'appeel peut être incidemment rélévé par l'intimé tant contre l'appelant que contrc les autres intimés.

وقد سبق القول أن القانون المصرى يجهل هذه الصورة من صور الإستئناف .

وسبب افتقار التشريع المصرى إلى هذا النوع من أنواع الإستئناف يرجع إلى أن جمهور الشراح وغالبية أحكام القضاء تعتبر قاعدة التقاضى على درجتيين متعلقة بالنظام العام (١) .

ويظهر لنا من فحص الفقه المصرى أن الإستئناف الفرعى لايكون مقبولا إلا إذا كان مرفوعا من المستأنف عليه فى مواجهة المستأنف الأصلى (٢) .

والواقع أن الفقه والقضاء فى مصر ، لم يلتفت إلى التفرقة التى كان من الواجب التركيز عليها للتمييز بين وضعين مختلفين :

فى الوضع الأول ، من هذه الأوضاع ، حيث يكون هناك أكثر من مستأنف عليه ، والفرض أن هؤلاء المستأنف عليهم كانوا فى نزاع فيما يتعلق بمصالحهم أمام محكمة أول درجة . ففى مثل هذه الحالة لاندرى ماذا يمنع ايا منهم من رفع استئناف على الآخر . والواقع أن الوضع فى مثل هذه الحالة يكون متفقا مع القواعد العامة ، فهذا الإستئناف ماهو إلا استئناف يرفعه الخاسر على من كسب القضية أمام أول درجة .

ولايفوتنا أن نلاحظ أن صفة المستأنف عليه la qualité d'intimé تقدر على أساس الرابطة التى توجد بين المستأنف الأصلى والمستأنف

---

(١) راجع المادة ٢/٢٣٧ من قانون المرافعات .

(٢) ابو الوفا . التعليق – الجزء الأول . ص ٧١٢ .

عليه . ونستطيع القول من جانبنا أن مثل هذا الإستئناف لايعدو أن يكون استئنافا عاديا صادرا وفقا للقواعد العامة فى الإستئناف العادى (١) .

ودرجة الإختلاف توجد فقط فى أنه قد لايرفع فى الميعاد المحدد لرفع الطعن .

أما الفرض الثانى ففيه نفترض أن كلا المستأنف عليهما لم يكونا أمام أول درجة فى نزاع متعلق بمصالحهما الخاصة ، فى مثل هذه الحالة إذا أجزنا قبول الإستئناف المرفوع من أحدهما على الآخر فإن قاضى الإستئناف فى مثل هذه الحالة سوف يجد نفسه أمام طلب جديد لم يخضع من قبل لفحص أول درجة (٢) .

لهذا فإننا نتساءل عن الحكمة التى من أجلها أجاز المشرع الفرنسى الجديد تقديم استئناف فرعى من مستأنف عليه على مستأنف عليه آخر دون تمييز بين الأوضاع والمراكز القانونية أمام أول درجة ، وبصفة عامة .

فى الحقيقة أنه قبل صدور قانون ١٩٧٦ فى فرنسا ، فقد أثار جانب من الفقه عدم ملائمة نصوص قانون المرافعات الفرنسى الخاصة بتحريم الإستئناف الفرعى من مستأنف عليه على مستأنف عليه آخر . وقد وصف البعض هذه النصوص بأنها ضيقة ولا تتمشى مع المتطلبات العملية (٣).

وتقول فى هذا الصدد مدام سيناى Sinay أن تحريم هذا الإستئناف

---

(١) En ce sens: Perrot, Colloque d'Aix, p. 100.
- Madame Sinay, op. ci. Loc. cit.

(٢) SINAY : Op. cit. Loc. cit.

(٣) Voir l'opinion contraire de M. Perror. op. cit., Loc. cit.

في ضوء قانون المرافعات الفرنسى السابق يؤدى إلى الشذوذ الآتى :

المستأنف عليه يستطيع اختصام بعض الأشخاص المعتبرين حتى الآن من الغير بسهولة فى خصومة الإستئناف ، فى حين أنه يفقد مثل هذه الرخصة بالنسبة للأشخاص الذين كانوا موجودين فى أول درجة [1] . (راجع المادة ٥٥٥ مرافعات فرنسي) .

والواقع أننا نؤيد وجهة النظر السابقة ، فالإعتبارات التى تبرر اجازة رفع استئناف فرعي من جانب المستأنف عليه على مستأنف عليه آخر هي ذات الإعتبارات التى بررت من قبل خلق وتنظيم الإستئناف المثار [2] . هذه الإعتبارات تكمن فى إعادة تكوين خصومة أول درجة مرة ثانية أمام محكمة الإستئناف .

فعن طريق إعادة التكوين هذا la réconstitution سوف يتم إعمال قاعدة التقاضى على درجتين على أكمل وجه ، وسوف يعطى للأثر الناقل للإستئناف كل نطاقه الفعلي مما يؤدى إلى حسم النزاع بأكمله مرة واحدة أمام محكمة الإستئناف .

وفى إجازة رفع استئناف فرعي من مستأنف عليه على مستأنف عليه آخر بصفة عامة فلم يعد هناك مجال للتفرقة الخاصة بالمراكز القانونية الإجرائية للخصوم أمام محكمة الدرجة الأولى أو الثانية .

ومن جهة أخرى فإن الإستئناف في هذه الصورة يؤدى إلى إعادة تكوين النزاع مرة ثانية أمام محكمة الدرجة الثانية وذلك عن طريق توسيع الأثر الناقل للإستئناف من حيث الموضوع . فلا يوجد إذا هنا مجال لطلبات جديدة بموضوعها .

---

(١) SINAY : Op. cit., Loc. cit.

(٢) الذى سوف ترد الإشارة اليه في المبحث الثالث .

الفرع الرابع

دور إرادة الخصوم فى التأثير على موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف

٣١٣ - إذا كانت المادة ٢٣٣ من قانون المرافعات المصرى تنص على أنه يجب على المحكمة أن تنظر الإستئناف على اساس مايقدم لها من أدلة ودفوع وأوجه دفاع جديدة وما كان قد قدم من ذلك أمام محكمة الدرجة الأولى . فإن معنى ذلك أنه يجب على المحكمة الإستئنافية أن تنظر الإستئناف على اساس مايكون قد قدم إلى مكمة الدرجة الأولى من أدلة اثبات ودفوع وأوجه دفاع . فكل هذه الأمور تعتبر مطروحة على محكمة الإستئناف بمجرد رفع الإستئناف . وعلى محكمة الدرجة الثانية أن تفصل فيها ولو كانت محكمة أول درجة قد أغفلتها ، إلا إذا تنازل صاحبها عن التمسك بشئ منها صراحة أو ضمنا (١) .

ونفس الحل يسرى أيضا بالنسبة لكافة أوجه المدافعة التى يكون المستأنف عليه قد تمسك بها أمام محكمة أول درجة ، سواء تلك التى فصلت فيها المحكمة لغير صالحه ، أو تلك التى أغفلت الفصل فيها وذلك دون حاجى لاستئناف فرعى (٢) .

وتذهب محكمة النقض إلى أنه وإن كان يجب على المحكمة الإستئنافية أن تنظر الإستئناف على اساس ماقدم من أدلة ودفوع وأوجه دفاع إلى محكمة الدرجة الأولى ، إلا أن ذلك منوط بوجوب التمسك بها أمام محكمة الإستئناف (٣) .

---

(١) نقض مدنى ١٩٧١/٣/٥ مجموعة النقض س ٢٢ ص ١٣٩.
(٢) نقض مدنى ١٩٦٧/١/٢٦ مجموعة النقض س ١٨ ص ١٥٩ .
(٣) نقض مدنى ١٩٦٦/٤/٢٨ مجموعة النقض س ١٧ ص ٩٤٨.

بينما يرى بعض الفقه أن ماتشترطه محكمة النقض المصرية يعتبر تقييدا للأثر الناقل للإستئناف الذى يقضى بأن الإستئناف ينقل الدعوى بحالتها التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف (م ٢٣٢)[١] وبناء على ذلك فإن كافة صور المدافعة أمام محكمة أول درجة تعتبر مطروحة أمام محكمة الإستئناف للفصل فيها بمجرد رفع الإستئناف مالم يتضمن مسلك الخصوم التنازل الصريح أو الضمنى عن بعضها . وبناء على ذلك فكل ماكان مطروحا على محكمة أول درجة يعتبر مطروحا على محكمة الدرجة الثانية . ونتيجة للأثر الناقل للإستئناف يجوز للخصوم أن يتقدموا إلى محكمة الدرجة الثانية بأوجه دفاع أو دفوع أو مستندات جديدة لم يسبق طرحها على محكمة أول درجة [٢] . كل هذه مسائل لاتثير الجدل . وفيما يتعلق بدور إرادة الخصوم فى التأثير على موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف فإننا سنعالج ذلك فيما يلى ، مع ملاحظة أن جل اهتمامنا سيوجه للفقه الفرنسي الغنى بالدراسات التى تكشف هذا الدور وهذا التأثير . ولاشك أن هذه الدراسة تفيد إلى حد بعيد فى الفقه المصرى وذلك إذا ما أراد المشرع ادخال تعديل على النظام القانونى للطعن بالإستئناف بهدف جعله طريق فنهاء النزاع تماما أمام محكمة الدرجة الثانية بدلا من العودة من وقت لآخر إلى محكمة أول درجة أمام الحظر الذى تفرضه قاعدة التقاضى على درجتين حين يرغب الخصوم التقدم بطلب جديد لأول مرة فى الإستئناف .

نعالج دور إرادة الخصوم فى هذا الصدد فى مرحلتين :

المرحلة الأولى : فى دور إرادة الأطراف أمام محكمة الإستئناف

---

(١) كمال عبدالعزيز ص ٤٦٣ ، عبدالملعم حسنى ٤٠٧.

(٢) نقض مدنى

فى شرح أو توضيح ادعاءاتهم الأصلية .

المرحلة الثانية : فى دور إرادة الأطراف أمام محكمة الإستئناف حين يقومون بالإضافة إلى ادعاءاتهم الأصلية .

ونعالج ذلك بالتفصيل التالى :

المرحلة الأولى

٣١٤ - الأطراف أمام محكمة الإستئناف يوضحون ادعاءاتهم الأصلية

LES PARTIES EN APPEL EXPLICITEN LEURS PRETENTIONS PRIMITIVES

ندرس هذه المسألة من زاوية تأثير هذا المسلك من جانب الخصوم على موضوع الطلب القضائى ، ويهمنا كشف الحالات التى يوجد فيها طلب جديد ، أمام محكمة الإستئناف . فقاعدة التقاضى على درجتين فى مصر من النظام العام .

ندرس بناء على ذلك الطلبات الإحتمالية أو الضمنية أى المتضمنة فى طيات الطلب الأصلى السابق عرضه أمام محكمة أول درجة وإمكانية إظهار هذه الإحتمالات أو الضمنيات أمام محكمة الدرجة الثانية بواسطة الخصوم .

٣١٥ - أولا : الطلبات الإحتمالية أمام محكمة الإستئناف وتأثيرها على موضوع الطلب القضائى .

LES DEMANDES VIRTUELLES DEVANT LA COUR D'APPEL ET LEUR INFLUENCE SUR L'OBJET DE LA DEMANDE.

ندرس أولا نظرية الطلبات الإحتمالية ، ثم ندرس بعد هذا موقف القانون الفرنسى الصادر سنة ١٩٧٦ إزاء نظرية الطلبات الإحتمالية .

ثم ندرس أخيرا تأثير مثل هذه الطلبات على موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف لكشف الحالات التى توجد فيها طلبات جديدة .

٣١٦ -١- نظرية الطلبات الإحتمالية أمام محكمة الإستئناف .

LA THEORIE DES DEMANDES VIRTUELLES DEVANT LA COUR D'APPEL.

فكرة الطلبات الإحتمالية ، أى الطلبات الكامنة فى الطلب الأصلى المعروض على القضاء ، تعنى ببساطة شديدة أن هناك بالإضافة إلى الإدعاءات Prétentions السابق طرحها على المحكمة صراحة ، توجد ادعاءات أخرى موجودة فى ذات الطلب القضائى ولكنها لم تطرح صراحة على المحكمة .

وفكرة الطلبات الإحتمالية virtuelles خلقت ونظمت بهدف التغلب على جمود مبدأ ثبات موضوع الطلب القضائى ، أو مبدأ ثبات النزاع بجميع عناصره l'immutabilité du litige ومع هذا فإن فكرة هذه الطلبات الإحتمالية قد أثارت العديد من الجدل والصعوبات ، فمن جهة ، فمثل هذه الطلبات تشكل اعتداء موجها إلى إرادة الخصوم الحرة ، فهذه الطلبات تسند فى الواقع إلى إرادة الخصوم طلبات قد يكون من الجائز أنهم لم يفكروا فى عرضها على القضاء .

ومن جهة ثانية ، فمثل هذه الطلبات تشكل اعتداء موجها إلى قاعدة التقاضى على درجتين ، فالطلب الإحتمالى أو الضمنى الكامن فى الطلب الأصلى ، سوف يتم عرضه ، فى حالة الطعن ، لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية طارحا أمامها آنذاك طلبا جديدا بسببه وموضوعه ، وهذا مايخالف نظام الإستئناف .

ومن جهة ثالثة ، فنظرية الطلبات الإحتمالية تشكل مخالفة

صريحة لمبدأ المواجهة le principe contradictoire وذلك فى الحدود التى قد لاتسنح فيها الفرصة للخصوم لمناقشة الإدعاءات التى يتضمنها هذا الطلب الجديد . وسوف نرى كل هذه الأمور عند استعراضنا ، حالا، لفكرة الطلبات الإحتمالية .

والمثال التقليدى الذى يضربه الفقه لعرض تصوره لنظرية الطلبات الإحتمالية يظهر فى الوضع الذى يوجد فيه طلب مقدم إلى القضاء بهدف التوصل إلى تقرير حق ملكية ، فمن يطلب حق الملكية أمام القضاء ، فإن هذا الطلب يتضمن ايضا ، وبطريقة ضمنية ، المطالبة بحق المرور فى ذات هذه الأرض (١) .

ومن ناحية أخرى ، وإذا كان الهدف من فكرة الطلبات الإحتمالية هو مجرد ادخال شئ من المرونة على فكرة ثبات النزاع ، فإن القضاء الفرنسي وعلى رأسه محكمة النقض الفرنسية ، قد أظهر عداء شديد لنظرية الطلبات الإحتمالية (٢) . وهذا يفسر العدد الضئيل من الأحكام التى أصدرها هذا القضاء بهذه المناسبة (٣) .

وعلى عكس محكمة النقض ، فإن محاكم الموضوع الفرنسية Les juges du fond أظهرت ترحيبا بنظرية الطلبات الإحتمالية . وظهر هذا الترحيب فى الحدود التى كان الطلب الإحتمالى يخول القيام باتخاذ إجراء ما ، أو الإعتراف بحق من الحقوق . فى مثل هذه الأحوال كان

---

(١) J. NORMAND: Le juge et le litige, Thèse, lille, 1961. p. 110.
J.C.P. 1968, IV, éd. AV. No. 3989, obs. J.A et RTDC 1962, p. 397, Obs. Baynaud.

(٢) NORMAND : Loc. cit.

(٣) Trib. Civ, Blida, 31 Déc. 1931, D.P. 1932-2-113.
- Alger 1/2/1933. D.I. 1934-2-104.

قضاء الموضوع يجتهد فى اقرار اختصاصه بنظر الطلبات الإحتمالية الموجودة فى الطلب الأصلى .

وفى هذا الصدد نلاحظ أن بعض محاكم الموضوع قد أعطت الخصوم الإمتيازات والفوائد الناشئة عن الزواج الظنى le mariage putatif التى لم يطلبها أحد صراحة من المحكمة ، بينما كان الإدعاء الأصلى la tutelle d'un enfint واردا على طلب الوصاية عتلى الأطفال القصر .

ويظهر من هذا القضاء أن محكمة الموضوع قد أجازت القول بأن الطلب الأصلى يتضمن مثل هذه الطلبات الإحتمالية رغم أن الخصوم لم يطلبوا صراحة مثل هذه الطلبات .

والواقع أن قضاء محاكم الموضوع فى هذا الصدد كان يظن أنه يفصل فى أمور لو كان يعرفها الخصوم لطلبوها ، بدليل أن الحكم بمزايا الزواج الظنى لكى يصدر ، فقد كان من الضرورى أن تقوم المحكمة أولا بالفصل فى مسألة الزواج الذى نشأ عنه هؤلاء الأطفال القصر .

٣١٧ - ومن جهة ثانية ، وتأييدا لما يذهب اليه قضاء الموضوع ، فإن بعض المحاكم قد ذهب الى القول بأن النتائج الضرورية للإدعاء الأصلى المطروح صراحة على القضاء تكون طلبات احتمالية :

" Les conséquences nécessaires de la prétention expréssement formulée sont des demandes virtuelles".

وفى هذا المعنى أيضا نجد أن محكمة استئناف باريس بعد أن حكمت بإبطال قرار المجلس الأعلى للتعريفة الجمركية ، فإن هذه المحكمة حكمت فى ذات الوقت بإبطال جميع الإجراءات التى قام هذا المجلس باتخاذها ، بالرغم من أن هذا الطلب الأخير لم يوجه صراحة

إلى هذه المحكمة .

والأساس فى هذا القضاء أن هذه الإجراءات كان بطلانها ضروريا نظرا لتعلقها بالطلب المطروح على محكمة الإستئناف [١].

هذا التحليل يقودنا إلى النظر فى الفرض الذى لاتحكم فيه محكمة الموضوع فى الطلب الأصلى من ناحية الإدعاء الكامن فيه والمطروح صراحة أمام محكمة الموضوع ، ومع هذا تتصدى هذه المحكمة للفصل فى الطلب الإحتمالى أو الضمنى virtuelle الموجود بين طيات هذا الطلب الأصلى . ومثال هذه الحالة حالة ما إذا قام المدعى بالمطالبة بالإعتراف له بحق الملكية Droit de propriété ، ومع هذا تحكم محكمة الموضوع بالإعتراف له فقط بحق المرور Droit de passage الناشئ عن حالة الإنحباس l'état d'enelave [٢] .

وعكس هذا الحل ، فإننا نجد بعض المحاكم تقرر أن الطلب الرامى إلى الإعتراف بأحد الحقوق العينية الأصلية ، أحد مشتقات حق الملكية ، لايعتبر طلب احتمالى كامن فى الإدعاء الأصلى المنصب على حق الملكية [٣] .

وإذا كان هذا هو موقف محاكم الموضوع ، فإن محكمة النقض كما سبق القول قد أظهرت فى مواجهة هذا الوضع العديد من التحفظات ، فمن هذه التحفظات ، على سبيل المثال ، أن محكمة النقض اشترطت لقبول الطلب الإحتمالى أن يكون خاضعا للمناقشة الحضورية بين الخصوم حتى يمكن الفصل فيه .

---

(١) NORMAND : Op. cit, p. 110.

(٢) Cass. Civ. 6/1/1959, Bull. No. 877.

(٣) NORMAND : Loc. cit.

فمثلا ، وبخصوص المثال السابق دراسته ، للمدعى الذى يطالب بحق الملكية ، فرفض طلبه ، ومع هذا حكم له بحق المرور الناشئ عن حالة الإنحباس . نجد أن محكمة النقض ترى أن القضاء الصادر من محكمة الموضوع بصدد حق المرور صحيح ، لماذا ؟ ، لأن هذه المسألة سبق مناقشتها لأنها طرحت على محكمة الموضوع بصورة احتياطية a été subsidiairement débattue وبناء على ذلك ، فإن محكمة النقض قد توصلت الى القول بأن حق الإرتفاق هذا كان متضمنا فى الطلب الأصلى المتعلق بحق الملكية وكان موجودا من قبل ضمن ادعاءات الخصوم [1] . ومن جهة أخرى فإننا نلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية قد رفضت منح أحد الخصوم مزايا الزواج الظنى على اساس أن مثل هذه الطلبات لم تكن محل مناقشة حضورية discussion contradictoire أمام المحكمة [2] .

وفى الحقيقة فإن فكرة أو نظرية الطلبات الإحتمالية ، ماهى إلا صنعة artifice ، ووسيلة من الوسائل التى يبتكرها القضاء بهدف التوصل إلى الخروج عن الإطارات الضيقة التى تضعها المبادئ التقليدية فى قانون المرافعات على سلطات القاضى .

٣١٨ - هذه النظرية - نظرية الطلبات الإحتمالية - بالنظر إلى أساس نشأتها - سوف يكون لها العديد من الآثار على نفس المبادئ التى وجدت هذه النظرية لإدخال شئ من المرونة عليها .

وفى هذا الصدد يقول الأستاذ هيبرو Hébraud :

" أن استخراج بعض الطلبات من الإدعاءات الأصلية المطروحة

---

(١) Civ. 6/1/1959. Bull. Civ., No. 877.

(٢) Civ. 15/10/1958. Bull. Civ, No. 432.

على المحكمة بمقولـة أن هـذه الطلبـات تعتبر موجـودة بصفـة احتماليـة أو شمنية فى هذه الإدعاءات الأصلية ماهو إلا صنعـة ، أى وسيلة صناعيـة un artifice . هذه الوسيلة الإصطناعيـة تشـوه déforme الحقيقـة ، ولـذا يجب الإبتعاد عنها [١] .

وعكس هذا الرأى يذهب الأستاذ نورمـاند Normand الـى القـول بأنه من الممكـن قبـول نظريـة الطلبـات الإحتماليـة بكـل مـايوجد فيهـا مـن صنعة ومخالفة للواقع ، ومـع هـذا فهنـاك شـئ واحـد يجـب الحفـاظ عليـه بشـدة ، هذا الشئ هو حقوق الدفاع les droits de la défense [٢] . أى يجب أن يخضع الطلب الإحتمالى للمناقشة الحضورية التى تـترجم احـترام حقوق الدفاع . هذه الحقوق يظهـر مجـال احترامهـا بـالذات فـى الأحـوال التى يتكشف فيها أن موضوع الطلب الإحتمالى أو سببه ، يحتمـلان اثـارة منازعة جديدة ، فهنا لابد من إجراء هذه المناقشة الحضورية [٣] .

وفـى الخلاصـة ، فـإن نظريـة الطلبـات الإحتماليـة إذا كـانت قـد ظهرت لكـى تعـالج جمـود بعـض القواعـد التقليديـة فـى قـانون المرافعـات كقاعدة التقاضى على درجتين وما يتولـد عنهـا مـن تحريـم ابـداء الطلبـات الجديدة أمام محكمة الإسـتئناف ، وكعـلاج لمبـدأ ثبـات النـزاع وجمـوده ، هذا المبدأ الذى يرى أنه من المحتم أن يطرح على محكمة الدرجـة الثانيـة ذات النزاع السابق طرحه علـى قـاضى أول درجـة ، بـذات موضـوعـه ، وسببه ، وأطرافه ، دون أى تغيير .

---

(١) HEBRAUD: r.t.d.c. 1963, P. 142.
- HEBRAUD: R.I.D.C., 1964, P. 343.

(٢) NORMAND: Op. cit., p. 113.

(٣) OMAR: La cause de la demande en justice, Thèse. Bordeaux, 1977, p. 350 et s.

إذا كانت نظرية الطلبات الإحتمالية قد وجدت لمعالجة هذا الجمود فإن خطر التوسع فيها يذهب إلى حد الخشية من هدم كل هذه المبادئ ، بحيث أنه من الممكن أن تصبح ، نتيجة لكل هذا ، محكمة الدرجة الثانية مجرد محكمة أول درجة .

وننتقل الآن إلى دراسة الموقف الذى اتخذه قانون سنة ١٩٧٦ في فرنسا إزاء نظرية الطلبات الإحتمالية أمام محكمة الإستئناف .

٣١٩ – ٢ – الموقف الذى اتخذه قانون المرافعات الفرنسي الصادر سنة ١٩٧٥ إزاء نظرية الطلبات الاحتمالية .

LA POSITION PRISE PAR LE CODE DE 1976 A L'EGARD DE LA THEORIE DES DEMANDES VIRTUELLES.

تنص المادة ٥٦٦ من قانون المرافعات الصادر سنة ١٩٧٦ على أن الأطراف أمام محكمة الإستئناف يستطيعون توضيح ادعاءاتهم الكامنة فى الطلبات والدفوع المطروحة أمام أول درجة :

" Les parties peuvent aussi expliciter les prétntions qui étaient virtueellemeent comprises dans les demandes et défenses soumises au premier juge."

هذا النص واضح الدلالة على أن الطلبات الإحتمالية تكون من الآن فصاعدا désormais مقبولة أمام محاكم الدرجة الثانية .

وتحليل هذا النص لايمكن اجراؤه إلا بالأخذ فى الإعتبار للروح العامة الواردة فى قانون ١٩٧٦ .

وأيضا ، فإننا سوف نأخذ فى الإعتبار ، بالإضافة إلى الروح العامة لهذا القانون ، التطبيقات الأولى التى أجراها القضاء لهذا النص ، ذلك سوف يتيح لنا الفرصة لتحديد النطاق الحقيقى لهذا النص ، وبالتالى

نطاق تطبيق نظرية الطلبات الإحتمالية .

وفى هذا الصدد يرى الأستاذ فنسان ، وهو من أكبر المؤيدين لاعتبار الإستئناف مؤديا لوظيفة جديدة ، فهو يؤدى ليس فقط الى اصلاح حكم أول درجة ، بل ويؤدى إلى انهاء قضية أول درجة برمتها دون حاجة للرجوع الى محاكم أول درجة مرة ثانية ، فالإستئناف حسب رأى هذا الفقيه هو وسيلة انهاء finition ، حسم achèvement لقضية أول درجة ، يذهب هذا الفقيه إلى القول بأن المادة ٥٦٦ الجديدة تواجه الحالة التى يوجد فيها عنصر من عناصر النزاع كان موجودا فى حالة قوة كامنة فى طيات الطلب الأصلى الذى حسمه حكم أول درجة .

Il s'agit de cas dans lesquels un élémeent du débat était contenu en puissance dans les deemandes d'une partie, mais n'avait pas été devoilé. (١)

٣٢٠ - وقيل أيضا بهدف تحديد فكرة الطلبات الإحتمالية ، بأن المتقاضين يوجدون إزاء هذه الطلبات فى مركز قوة ، هذا المركز تسمح عناصره بإعطاء كيان لإدعاء جديد :

Le plaideur se trouve placé dans une situation potentielle dont les éléments sont suffisants pour donner corps à une prétention nouvelle (٢)

مثل هذا المركز يسمح للخصم بطرح طلبات جديدة أمام محكمة ثانى درجة .

والواقع أن هذا الرأى يستند فى أساسه على واقعة un fait

---

(١) VINCENT: Les nouvelles dimensions, Loc. Cit.

(٢) VINCENT. P. 187.

- VINCENT, p. 188.

موجودة من قبل فى الإدعاء الأصلى ، وعلى من يتمسك بالطلب الإحتمالى أن يثبت وجود هذه الواقعة من قبل ، وأنها عرضت على قاضى أول درجة ، ورغم ذلك لم يحسمها هذا القاضى . والواقع أن نجاح الطلب الإحتمالى يتوقف إلى حد كبير على الجهد الذى سوف يبذل لإثبات وجود هذه الواقعة التى يستند عليها هذا الطلب أو صلاحية هذه الواقعة لتدعيم الإدعاء ، أو على التحديد ، لتدعيم موضوع هذا الإدعاء أمام محكمة الدرجة الثانية .

وفى مواجهة هذا النظر ، فقد ذهب رأى آخر ، بعد صدور قانون ١٩٧٦ فى فرنسا ، إلى القول بأن الطلبات الإحتمالية ماهى فى الواقع إلا طلبات جديدة Demandes nouvelles .

هذه الطلبات الجديدة ، قد لاتوجد بصفة دائمة فى اساس الإدعاءات المطروحة على محكمة أول درجة ، بمعنى أنه من الممكن أن تطرح هذه الطلبات على محكمة الدرجة الثانية دون أن يشترط استنادها على واقعة كانت موجودة فى الإدعاءات الأصلية التى طرحت على أول درجة [١] . مثل هذه الطلبات حسب هذا الرأى من الممكن أن تعدل إلى حد كبير من ملامح النزاع أمام محكمة الدرجة الثانية . وحقيقة الأمر ، حسب هذا الرأى ، هى أن فكرة الطلبات الإحتمالية أمام محكمة الإستئناف لاتؤدى فقط إلى تكملة الطلبات السابق طرحها أمام أول درجة ، بذات الموضوع وبذات السبب ، بل أن هذه الطلبات الإحتمالية تؤدى إلى سد فراغ يوجد فى خصومة الدرجة الثانية .

---

(١) JULLARD et IANDRY : Les conclusions d'appel, Gaz. Pal. 1975, p. 16 et s.

فإذا ماكان الهدف من الطلبات الإحتمالية هو محاولة التوصل إلى ذات الهدف المطلوب بواسطة الإدعاءات الأصلية ، دون أى اضافة أو تعديل فى هذه الإدعاءات ، فهنا نستطيع اقول بأن هذه الطلبات تؤدى وظيفة هامة فى حسم النزاع برمته أمام محكمة ثانى درجة (١) . وعلى هذا فاستعمال مثل هذه الوسائل الفنية ، الطلبات الإحتمالية ، يؤدى إلى تزايد فرص النجاح التى يحوزها الخصوم .

L'utilisation de la technique des demandes dont disposent pour accoroître les chances de succès dont disposeent les plaideurs.

٣٢١ – والواقع أن استخدام النظام القانونى للطعن بالإستئناف كوسيلة فنية لإعطاء كل الفرص للإدعاء السابق طرحه أمام محكمة أول درجة ، لإعطاء كل مظاهر القوة فيه ، وذلك أمام محكمة الدرجة الثانية ، قد حث هذا الرأى على اعتناق هذا النظر ، وذلك حتى فى الأحوال التى تشكل فيها مثل هذه الطلبات فى واقع الأمر ، وبالمعنى الفنى ، طلبات جديدة . والواقع أن هذا القول يشكل خطورة على المبادئ التقليدية السائدة فى قانون المرافعات .

أما بصدد العمل القضائى الخاص بتحديد نطاق تطبيق المادة ٥٦٦ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد ، فإننا نلاحظ أن محكمة استئناف جرينوبل ، على سبيل المثال ، قد اعتبرت أن الطلب الرامى إلى الحصول على مبالغ اضافية يعتبر طلبا جديدا ، على الرغم من أن الطلب الذى قدم أمام أول درجة كان يرمى فقط إلى الحصول على جزء من المبالغ المتأخرة (٢) .

(١) JUILLARD et IANDRY : op. cit. Loc. cit.

(٢) Cité par DU RUSQUEC, op. cit., Loc. cit.

وفـى حكـم صـادر مـن محكمـة استئناف " رن " نلاحـظ أن هـذه المحكمة قد اعـترت مقبـولا الطلـب الـذى طـرح أمامها وكـان يرمـى إلـى التوصل إلى فسخ البيـع ، .بينما كـان الطلب المطـروح أمـام محكمـة أول درجة يرمى إلى ابطال البيع الذى تم بالمزاد .

وفى حكم آخر صادر من محكمة استئناف بواتييه Poitiers نجد أن هذه المحكمة تقرر أنه من المستحيل أن يطرح فى خصومة الإستئناف طلب رامى إلى الحصول على نفقة pension alimeentaire وعلـى نفقـة تعويضية pension indémnitaire ، بينمـا كـانت الخصومـة المطروحـة أمام أول درجة كانت ترمى فقـط إلى التوصـل إلـى حكـم بـالتصديق علـى حالة التصفية الخاصة بأموال المدين l'hemologation d'tat liquidatif والتى طولب فيها بتأجيل الحكم surseoir à statuer .

ومن جهة أخرى اصدرت محكمة استئناف " بو " PAU أن الطلـب المقدم أمـام محكمـة الإستئناف والـذى يهدف إلـى الحصـول علـى حكـم باصلاح الضرر réparation des dommages الذى كان محله منقولات ، وملابس ، وفقد المنفعة la perte de jouissance ، مثل هذا الطلب الذى يرفع من أحد الملاك المشتركين فى ملكية الطبقـات ، يعتـبر مقبـولا أمـام محكمة الإستئناف نظرا لأنه يعد طلبا احتماليا . بمعنـى أنـه يعتـبر تكملـة le complément للطلب الأصلى الذى طرح أمام اول درجة والـذى كـان يرمـى إلـى الحصـول علـى تعويـض نتيجـة لسـوء تشـييد المبنـى L'indémnisation des malfaçon [١] .

مثال آخر يبرز تـردد محـاكم الإستئناف بصدد اختيارهـا للمعيـار اللواجب اعتناقه لفكرة الطلبات الإحتمالية فى الإستئناف . فى حكم صـادر

---

(١) Cité par DU RUSQUEC, Loc. cit.

من محكمة " رن " ترى هذه المحكمة أن المعيار critère الواجب الإتباع بصدد فكرة الطلبات الإحتمالية هو معيار دقيق وغير واضح ، فقد حكمت هذه المحكمة بأن ابطلان حتى المتعلق بالنظام العام لايمكن طرحه أمام محكمة الإستئناف إذا كان هذا البطلان لاينتج مباشرة من الطلب الأصلى ، وكان طلب البطلان هذا يشكل موضوعا لنزاع مستقل عن النزاع الذى سبق حسمه بواسطة قاضى أول درجة (١) .

٣٢٢ - وفى هذا النطاق ايضا فقد حكمت محكمة النقض الفرنسية بأن صحيفة الإعلان إذا كانت قد حررت بشكل غامض vague وبعبارات عامة ، فإنه يمكن فى الإستئناف قبول طلبات احتمالية تحتملها عبارات اعلان الطعن العامة (٢) .

من هذا العرض نستطيع القول بأن تحديد معيار الطلبات الإحتمالية هو معيار دقيق . فمحاكم الإستئناف أحيانا تكون مؤيدة لقبول مثل هذه الطلبات لكى توسع نطاق خصومة الإستئناف . وأحيانا تكون هذه المحاكم غير مؤيدة لقبول مثل هذه الطلبات التزاما منها باحترام المبادئ التقليدية فى قانون المرافعات .

أما محكمة النقض الفرنسية فقد ذهبت أحيانا إلى القول بأن الطلب الإحتمالى المقبول أمام محكمة الإستئناف هو الطلب الذى يمكن القول بوجوده فى وقائع الطلب حسبما يظهر من عباراته العامة ، أو هو الطلب الذى يرمى الى ذات أهداف وغايات الطلب الأصلى ، والواقع أن هذه الأقوال كلها هى معايير عامة وغير محددة .

ولكن يظهر من كل هذا الشرح ، أنه لابد أن توجد رابطة

---

(١) RENNES: 6/5/1957, d. 1957, Sommaire p. 144.

(٢) Civ. 21/11/1960, D. 1970-321, note Giverdon.

ضرورية un lien nécessairc بين الطلب الإحتمالي والطلب الأصلي ، دون أن تحاول هذه المحاكم إظهار ماهية أو طبيعة هذه الرابطة .

ونطرح المثال التالي حتى يمكن أن نحاول استخلاص ماهية هذه الرابطة الواجب توافرها بين الطلب الإحتمالي والطلب الأصلي .

كان الأمر يتعلق بمشروع شركة un projet de société بين شخصين ، بناء على هذا المشروع قام الشخص الذى يحوز رأس المال بإيداعه بين يدى مجلس قانونى منبثق عن هذه الشركة ، قام هذا الأخير بارتكاب خطأ ، هذا الخطأ انحصر في أن هذا المجلس قام بتحويل هذه الأموال الى واحد من الشركاء le coassocié ، ومجلس ادارة الشركة تحت التأسيس ، ولاحظت محكمة أول درجة أن المدعى لايطالب بفسخ عقد الشركة (مشروع الشركة) ، وأن طلب هذا الأخير لايهدف إلا إلى الحصول على تعويض dommages-intérêts ، وكان طلب التعويض يتأسس على عدم تنفيذ الإلتزامات الناشئة عن عقد الشركة ، وقامت محكمة أول درجة بإعطاء المدعى اشباع فيما يتعلق بالتعويض (١) .

٣٢٣ - وذهب أحد الشراح في تعليقه على هذا الحكم ، أن طلب الفسخ المطروح أمام ثاني درجة هو طلب احتمالي ومقبول أمام الإستئناف ، فهذا الطلب يرتكز على الطلب الأصلي ويجد اساسه فيه ، وقضاء أول درجة المطعون فيه ماكان يصدر إلا إذا كانت نية المحكمة الأولى منصرفة إلي اعتبار الإتفاق أو مشروع الإتفاق الذى تم وكأن لم يوجد اصلا . هذا الطلب المطروح على ثاني درجة يهدف في حقيقة الأمر إلى إعادة رأس المال الذى حدث فيه التصرف بطريق الخطأ . فهذا الطلب يعتبر طلبا مكملا للطلب الأول ، أى مكملا للطلب السابق حسمه

(١) JUILLARD et LANDRY : IOC. CIT.

بحكم أول درجة .

هذا الرأى يذكرنا بما قاله الأستاذ Vincent من أن الطلب الإحتمالى لابد وأن يكون مرتكزا على الطلب الأصلى السابق حسمه بواسطة قاضى أول درجة . بمعنى أنه يجب أن يستند هذا الطلب ’لى واقعة un fait موجودة من قبل فى الطلب الأصلى .

وعلى ذلك فيجب البحث عن هذه الواقعة واثبات وجودها أمام أول درجة ، هذا من جهة . ومن جهة أخرى يجب أن يهدف الطلب الإحتمالى إلى ذات هدف Fin الطلب الأصلى ، بمعنى أنه يجب ألا يوجد فى أى لحظة من اللحظات انقطاع فى وحدة النزاع .

ويظهر لنا – فى الحقيقة – من روح النصوص الواردة فى باب الإستئناف فى قانون سنة ١٩٧٦ – أن المشرع الفرنسى اراد اعطاء النظام اقانونى للإستئناف جميع الفرص الممكنة التى تخوله القيام بوظيفته الجديدة كطريق من طرق انهاء النزاع مرة واحدة وبطريقة كاملة وأمام محكمة الدرجة الثانية ، وذلك عن طريق ابراز كل الإحتمالات التى يحتويها الطلب القضائى أمام محكمة الدرجة الثانية .

وقد سبق لنا فى العديد من الأماكن اظهار الوسائل الفنية الجديدة التى نص عليها المشرع والتى من شأنها أن تؤدى إلى مساعدة النظام القانونى للإستئناف فى الوصول إلى هذه الأهداف .

فقد اشرنا من قبل إلى تطوير النظام اقانونى للإستئناف الفرعى أو الإستئناف التابع للإستئناف الأصلى بوجه عام ، وفكرة تطور النزاع ، واختصام الغير حتى بهدف الحكم عليه فى الإستئناف ، والآن ، وأخيرا فقد عرضنا لفكرة الطلبات الإحتمالية .

ونستطيع أن نلاحظ فى كل هذه الوسائل الفنية التى تساعد على

توسيع خصومة الإستئناف exténsion انها جميعا تستند على عنصر موجود فى اساسه فى الطلب الأصلى . هذه الواقعة أو ذلك العنصر élément الذى يستند عليه الطلب الإحتمالى ، قد يكون موجودا فى مستند أو ورقة مطروحة في النزاع ، أو قد يوجد فى عامل من العوامل الواردة من خارج نطاق الخصومة ، ولكن هذا العامل يستند على عنصر كان موجودا من قبل فى قضية أول درجة .

والواقع أن البحث عن هذا العنصر أو هذه الواقعة التى يستند عليها الطلب الإحتمالى ، يجب أن يتم في حدود احترام مبدأ سيادة حقوق الدفاع واحترامها . وترجمة ذلك تظهر فى ضرورة أن تخضع هذه الطلبات الإحتمالية لمناقشة حضورية بين الخصوم .

ولايفوتنا أن ننوه فى هذا المكان إلى أن التعاون الدقيق بين القاضى والخصوم سوف يساعد إلى حد كبير فى جعل الطلب القضائى الأصلى يكشف عن كل أسراره أمام قضاء الدرجة الثانية . هذا التعاون فى رأى الأستاذ فانسان سوف يشجع خصومة الإستئناف على الإزدهار كزهرة تتفتح حديثا Comme une fleur nouvellement éclosée (١)

ولكن هذا التفتح سوف يكون من شأنه فى بعض الحالات طرح طلبات جديدة بموضوعها أو من قبل، بسببها على محكمة الدرجة الثانية (٢) . وهذا ماسوف نراه حالا .

٣٢٤ -٣- تأثير نظرية الطلبات الإحتمالية أمام محكمة الإستئناف على موضوع الطلب القضائى امام الدرجة الثانية .

---

(١) VINCENT : Loc. cit.

(٢) OMAR: loc. cit.

ماهو تأثير نظرية الطلبات الاحتمالية أمام محكمة الإستئناف على موضوع الطلب القضائى ؟ هل يظل هذا الموضوع هو ذاته السابق طرحه على أول درجة ، وبالتالى يكون مبدأ ثبات النزاع قد تم احترامه ؟ أم أن هذا الموضوع سوف تحدث فيه تعديلات ناشئة عن قبول مثل هذه الطلبات ؟ وإذا كان هناك تعديل وارد على موضوع الطلب القضائى ففى أى معنى يكون هذا التعديل ؟ هل هو تعديل بزيادة هذا الموضوع أو بانتقاصه ؟ مع ملاحظة أن مثل هذا التعديل يكون مسبوقا فى جميع الأحوال بتعديل مماثل فى سبب الطلب القضائى ، دراستنا الحالية توضح هذه المسألة .

سبق القول بأن المادة ٥٦٦ من قانون المرافعات الفرنسى تنص على مبدأ جواز تقديم الطلبات الإحتمالية أمام محكمة الدرجة الثانية ، وسبق القول ايضا بأن المادة ٥٦٤ من ذات القانون تضع القاعدة العامة فى عدم قبول الطلبات الجديدة لأول مرة أمام محكمة الإستئناف . وسبق القول اخيرا بأن المواد من ٥٦٤ الى ٥٦٧ تنظم الطلبات الجديدة الجائز طرحها أمام محكمة الإستئناف استثناء من الحظر العام الوارد فى المادة ٥٦٤ سابقة الذكر .

السؤال الآن يدور حول معرفة ما إذا كانت طائفة الطلبات الإحتمالية تشكل مجموعة جديدة من الطلبات الجديدة الجائزة القبول استثناء أمام محكمة الدرجة الثانية .

الواقع اننا إذا تأملنا الظروف التاريخية التى أدت إلى ظهور فكرة الطلبات الإحتمالية (محاولة ادخال بعض المرونة على مبادئ قانون المرافعات التقليدية) ، وإذا تأملنا فى شروط تطبيق هذه النظرية ، فإننا

نستطيع القول بأنه ليس من شأن هذه النظرية لتأثير على موضوع الطلب القضائى .

فقد سبق لنا القول بأن محكمة النقض الفرنسية ، حتى قبل صدور قانون سنة ١٩٧٦، كانت تشترط لقبول الطلب الإحتمالى أمام محكمة الإستئناف ، أن يكون هذا الطلب قد خضع لمناقشة حضورية subit une discussion contradictoire (١).

٣٢٥ – وفى المنطق الصحيح ، فإننا نعتقد أن نظرية الطلبات الإحتمالية تستجيب إلى ضرورة إعادة اعطاء موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف كل الإتساع والإمتداد الذى كان مفروضا أن يطرح به أمام محكمة أول درجة وذلك حتى تتمكن محكمة الإستئناف من حسم الموضوع بطريقة نهائية .

وبمعنى آخر ، يجب القول بأن نظرية الطلبات الإحتمالية تستجيب إلى متطلب exigence من طبيعة عمية d'ordre pratique هذا المتطلب يكمن أساسا فى ضرورة استخراج جميع احتمالات toutes les éventualités الطلب الأصلى الذى سبق خضوعه لمحكمة أول درجة .

ومع هذا فقد لاحظ البعض بحق ، أنه فى كل مرة يثير الطلب الإحتمالى إمكانية نشأة منازعة contestation ، راجعة إلى أن سبب هذا الطلب مختلف عن سبب الطلب القضائى السابق طرحه أمام أول درجة ،

---

(١) Civ. 15/10/1958, Bull. No. 432, p. 437.
NORMAND : Op. cit., p. 113.
HEBRAUD: R.T. 1964, 343.
HEBRAUD: R.T. 1963. P. 142.

أو بسبب أن هذا الطلب الإحتمالى لم يكن ، فى صحيح النظر ، هو النتيجة الضرورية la conséquence nécessaire للطلب الأصلى ، فهنا يجب أن تخضع هذه المنازعة الجديدة وأمام أول درجة لمناقشة حضورية (١) .

والواقع أن المادة ٥٦٦ من قانون المرافعات الفرنسى ، إذا كانت تبيح للأطراف طرح طلبات احتمالية أمام محكمة الدرجة اثانية ، فإن هذه الحرية لاتكون بغير حدود .

فنفس هذه المادة تنص على الإطار cadre العام الذى فى داخله يجب على الخصوم القيام بتوضيح طلباتهم ، أى بإبراز طلباتهم الإحتمالية. هذا الإطار أو هذا الكادر يتحدد بحدود الطلبات والدفوع السابق طرحها أمام أول درجة .

والقاضى من جهة أخرى ملزم بإعطاء التكييف الصحيح أو بإعادة ارساء التكييف الصحيح ، هذه السلطة المنصوص عليها فى المادة ١٢ من قانون المرافعات الفرنسى كفيلة بجعل الخصوم يلتزمون بصفة دائمة الإطار الذى رسمه لهم المشرع لطرح الطلبات الإحتمالية أمام محكمة الإستئناف .

٣٢٦ - وعلى القاضى من جهة أخرى أن يعمل على احترام مبدأ احترام حقوق الدفاع (م١٦). وبناء على هذا المبدأ الأخير فإن القاضى لايستطيع أن يتمسك إلا بالوقائع التى خضعت للمناقشة الحضورية أمامه حتى يستطيع بناء على ذلك اصدار حكمه .

وبناء على كل ذلك ففى الحدود التى يكون سبب الطلب القضائى ،

---

(١) NORMAND. P. 113.

وموضوعه لم يحدث لهما أى تعديل أو مساس ، فهنا تظل نظرية الطلبات الإحتمالية مقبولة كوسيلة فنية لإعطاء محكمة الإستئناف كل المكنات التى تخولها حسم الطلب القضائى نهائيا .

وفى نطاق القانون المصرى فمن المعروف أن قاعدة التقاضى على درجتين هى قاعدة متعلقة بالنظام العام ، ومن المعروف ايضا أن تحريم ابداء الطلبات الجديدة فى الإستئناف ، الذى يعتبر أحد تطبيقات قاعدة التقاضى على درجتين ، يعتبر هذا أيضا متعلقا بالنظام العام .

وبناء على ذلك فإن محكمة الإستئناف تستطيع من تلقاء نفسها أن تحكم بعدم قبول irrecevabilité الطلب الجديد الذى يطرح لأول مرة أمامها . والإستئناف لايطرح على محكمة الدرجة الثانية الأ ماتم الطعن فيه من قضاء أول درجة (م ٢٣٢ مصرى - مرافعات) . ومع هذا فمحكمة الإستئناف ملتزمة بإعادة فحص النزاع فى واقعة وقانونه تماما كما فحصه قاضى أول درجة (م ٢٣٣ مصرى) .

والمشرع المصرى لم ينظم نظرية الطلبات الإحتمالية بنص تشريعى كما هو الحال فى فرنسا بصدد المادة ٥٦٦. ورغم هذا فإننا نرى أن هذه النظرية من الممكن أن تعمل fonctionne فى إطار خصومة الإستئناف فى مصر بذات الضوابط التى تعمل بها فى فرنسا . ورأينا يستند إلى الواقع ، إلى الحجة المستمدة من أن النزاع على طريق الإستئناف قد خضع من قبل لأول فحص بواسطة قاضى أول درجة . فإذا ماحدث طعن فى مثل هذا الحكم فإنه ينتقل إلى محكمة الدرجة الثانية ، حاملا معه كل الإحتمالات الكامنة فى هذا الطلب الأصلى . وبناء على ذلك وفى حدود احترام سبب الطلب الأصلى وموضوعه ، لانرى على وجه الإطلاق مايمنع من قبول هذه الطلبات الإحتمالية أمام محكمة الإستئناف .

المرحلة الثانية

الأطراف يقومون أمام محكمة الإستئناف بالإضافة إلى ادعاءاتهم الأصلية

LES PARTIES EN APPEL AJOUTENT A LEURS PRETENTIONS ORIGINAIRES

٣٢٧ - من الممكن أن نتصور أن أطراف خصومة الإستئناف يستطيعون القيام بالإضافة إلى ادعاءاتهم الأصلية عن طريق عدة وسائل فنية مختلفة . فعن طريق الطلبات المكملة يمكن انجاز هذه الإضافة . وهنا تثور فكرة التكملة la complémentarité فى كليتها .

والواقع أن دراسة هذه الفكرة فى إطار خصومة الإستئناف تبين لنا الدور الذى تلعبه فكرة الطلبات المكملة فيما يتعلق بمدى تأثيرها على موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف .

وندرس بعد ذلك الطلبات التى تطرح لأول مرة أمام محكمة الإستئناف باعتبارها النتيجة المترتبة على الطلب الأصلى ومدى تاثير هذه الطلبات على موضوع الطلب الأولى أمام محكمة الإستئناف .

٣٢٨ - أولا : فكرة التكملة واثرها على موضوع الطلب القضائى أمام الإستئناف .

LA NOTION DE COMPLEMEENTARITE ET SON INFLUENCE SUR L'OBJET DE LA DEMANDE EN APPEL

ندرس هنا : فكرة الطلبات المكملة للطلب الأصلى واثرها على موضوع الطلب القضائى فى الإستئناف ، فنستعرض أولا : فكرة التكملة، ثم تأثير الطلبات المكملة على الموضوع .

٣٢٩ -١- دراسة نظرية لفكرة التكملة فى قانون المرافعات .

ETUDE THEORIQUE DE LA NOTION DE LA COMPLEMENTARITE EN DROIT DE LA PROCEDURE.

تنص المادة ٥٦٦ من قانون المرافعات الفرنسى الصادر سنة ١٩٧٦ على أن " الأطراف يستطيعون القيام بتوضيح ادعاءاتهم الكامنة فى الطلبات الأصلية ، وفى الدفوع السابق لهم طرحها أمام أول درجة ، كما أنهم يستطيعون الإضافة إلى هذه الطلبات ماقد يكون متعلقا بها ، أو ناتجا عنها أو مكملا لها " . ويسير النص الفرنسى لهذه المادة على النحو التالى:

" Les parties peuvent aussi expliciter les prétentions qui étaient virtuellement comprises dans les demandes et défenses soumises au preemier juge et ajouter à celles-ci toutes les demandes qui en sont l'accessoire, la conséquence ou le complément".

وبالنسبة لنا فى هذا المقام فإننا نحيل فيما يتعلق بفكرة الطلبات المتعلقة بالطلبات الأصلية l'accessoire إلى المراجع العامة التى تناولت هذه المسألة بالدراسة بمناسبة التعرض لفكرة المستثنيات الواردة على قاعدة تحريم ابداء الطلبات الجديدة فى الإستئناف ، فقد كان الفقه يذهب إلى القول بأن الطلب المتعلق بالطلب الأصلى لايعتبر طلبا جديدا وبالتالى كان من الممكن طرحه لأول مرة أمام محكمة الإستئناف دون أن يعد طلبا جديدا (١) .

ونقتصر هنا على معالجة فكرة التكملة فى قانون المرافعات وما

---

(١) AZAR : Limmutabilité de la demande en droit judiciaire français, Thèse. Paris, 1936, p. 10 et s.
LACOSTE :la chose jugée, 3ème éd., 1914, p. 100.
MOREL: Traité élémentaire de procédure civile, 10 ème éd. 1949 p. 491.
VINCENT : pré cis, Dalloz, p. 560 et s.

يتولد عنها من طلبات جديدة يمكن طرحها لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية وتأثير ذلك على موضوع الطلب القضائى .

٣٣٠ - ويلاحظ فى صدد فكرة التكملة la complémentarité أن هذه الفكرة لم تظهر فى المادة ٤٦٤ من قانون المرافعات الفرنسى السابق على القانون الحالى الصادر سنة ١٩٧٦. والشروح الأولى التى أعطيت فى فرنسا لهذه الفكرة توضح صعوبة امكانية تحديد هذه الفكرة .

فذهب البعض إلى القول بأن فكرة التكملة لاتعتبر فكرة قانونية (١)

وذهب المحامى العام الفرنسى l'avocat général الأستاذ " بوكوه " Paucot إلى القول بأن فكرة التكملة هذه لاتفعل أكثر من السماح بتقديم طلبات جديدة لأول مرة أمام محكمة الإستئناف ، فى الحدود التى كان مسموحا فيها بتقديم مثل هذه الطلبات فى ظل المادة ٤٦٤ من قانون المرافعات السابق . والطلب المكمل للطلب الأصلى le complément ، كما يراه الأستاذ " بوكوه " Paucot يمكن أن يكون طلب الفوائد ، والأجور والمرتبات المستحقة منذ تاريخ صدور حكم أول درجة كما كانت تنص على ذلك المادة ٤٦٤ مرافعات فرنسى قديم (٢) .

٣٣١ - والواقع أن القضية التى بمناسبتها صدر هذا الرأى كانت تتعلق بمالك لحصة فى عقار خاضع لنظام الملكية المشتركة copropriété هذا المالك كان قد تم اعلانه عن طريق نقابة الملاك

---

(١) Les conclusions d'appel, Gaz. pal., p. 15.
PERROT: les effets de l'appel quant aux personnes, Gaz. Pai. 1944. p. 408.

(٢) Civ. 15/10/1975, D. 1976, p. 57 et les conclusions de M. l'avocat général: Paucot.

بدفع حصة فيما حكم به على هذه le syndicat des copropriétaires ، النقابة من مبالغ خاصة بهذه الملكية المشتركة . رفض المالك الدفع ، ورفع دعوى خسرها أمام أول درجة ، ثم رفع استئنافا عن حكم أول درجة ، ثم قامت النقابة بالرد على هذا الإستئناف الأصلى برفع استئناف فرعى ، وبمناسبة هذا الإستئناف الفرعى طالبت النابة هذا المالك بدفع مبلغ جديد . هذا المبلغ كان عبارة عن المبلغ المستحق منذ صدور حكم أول درجة ضد المالك ، وكان متعلقا بحصته فى المساهمة فى أعباء الملكية la part contributive concernant ce copropriétaire ، وكانت هذه الحصة متعلقة بقرض أبرمته النقابة نيابة عن الملاك ، ورد المستأنف الأصلى – المالك – على هذا الطلب بأن مثل هذه الطلبات غير مقبولةى نظرا لأنها طلبات جديدة تعرض لأول مرة على محكمة الإستئناف .

ولكن محكمة استئناف باريس اعتبرت مثل هذا الطلب مبولا على اساس أنه مكمل للطلب الأصلى وأن إجازته مقررة بمقتضى نص المادة ٥٦٦ مرافعات فرنسى جديد .

وبرفع النزاع أمام محكمة النقض الفرنسية قامت هذه الأخيرة برفض الطعن واعتنقت وجهة نظر محجكمة الإستئناف . وخالفت محكمة النقض بناء على هذا وجهة نظر المحامى العام .

وحقيقة الأمر فى هذه القضية ، أن المبالغ الضخمة التى طالبت بها النقابة المالك كحصته فى المساهمة فى اعمال الصيانة ، هى مبالغ كبيرة وضخمة ، وبناء على ذلك ذهب المحامى العام الفرنسى إلى القول بأن مثل هذه المبالغ لايمكن أن تكون مكملة للطلب الأصلى الذى كان يهدف إلى شئ آخر . والأمر – حسب وجهة نظر المحامى العام –

يختلف فيما لو كان طلب النقابة ينصب على دفع الأعباء الدورية les charges périodiques بمعنى أن مثل هذه الأعباء الدورية من الممكن أن تكون طلبات مكملة للطلب الأصلى . والواقع أن الأستاذ " بوكو " كان يهدف بوجهة نظره هذه إلى حماية قاعدة التقاضى على درجتين .

ومن جهة أخرى يرى هذا المحامى العام أن المبالغ المطالب بها بواسطة النقابة أمام محكمة الدرجة الثانية تستند فى حقيقة الأمر الى سبب جديد ، وبالتالى فهى تشكل ليس فقط سببا جديدا أمام محكمة الدرجة الثانية ، وإنما تشكل أيضا موضوعا جديدا يطرح لأول مرة أمام محكمة الإستئناف . وبناء على كل هذا فمثل هذه الطلبات لاتعتبر طلبات مكملة للطلب الأصلى ، أو تابعة لهذا الطلب .

٣٣٢ - وبمناسبة هذه القضية ، فإننا نلاحظ أن الدائرة الإجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية la chambre sociale قد قررت أن: الإدعاء الوارد فى أحد بنود الطلب الأصلى لايكون طلبا جديدا أمام محكمة الدرجة الثانية إذا مااقتصرت المذكرات امقدمة أمام محكمة الإستئناف على تحديد وتوضيح هذا الإدعاء . فإذا قامت هذه المذكرات بتحديد رقم المبلغ المطلوب ، حتى وإن قامت بزيادته أو بإنقاصه ، فإن مثل هذا التحديد لايشكل طلبا جديدا أمام محكمة الدرجة الثانية [١] .

وإذا قارنا ماتقوله الدائرة الإجتماعية لمحكمة النقض بما يذهب اليه الأستاذ " بوكو " ، فإننا نلاحظ أن هذا الأخير يرى أنه بما أن الطلب الذى طرحته نقابة الملاك على محكمة الدرجة الثانية لم يكن موجودا من قبل - ولو بصورة عامة غير محددة - فى الطلب الأصلى ، فإننا نكون - بناء على هذا - بصدد طلب جديد بموضوعه وسببه يطرح لأول مرة

---

(١) Soc. 16/6/1966, Bull. Civ. IV, No. 601, p. 502, D. 1967. 162.

أمام محكمة الإستئناف [1].

والخلاصة التي يصل اليها الأستاذ " بوكو " تعني أن فكرة التكملة la complémentarité يجب أن تعني أن الطلب المدعى بأنه مكمل للطلب الأصلي يجب أن يوجد - في الأصل - ضمن بنود وادعاءات الطلب الأولي السابق طرحه على محكمة أول درجة . بمعنى أن هذا الطلب المكمل للطلب الأصلي يجب أن يرمي لذات الغاية التي يهدف اليها الطلب الأصلي [2] .

ويرى الأستاذ " بيرو " في هذا الصدد أن الأستاذ " بوكوه " يتخذ موقفا معاديا لأي توسع في تفسير نص المادة ٥٦٦ من قانون المرافعات الفرنسي التي تجيز تقديم طلبات مكملة للطلب الأصلي لأول مرة أمام محكمة الإستئناف [3] .

٣٣٣ - ويلاحظ الأستاذ جيفردون في هذا الصدد أن مسألة قبول أو عدم قبول الطلبات المكملة إذا ماطرحت لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية ، مسألة القبول هذه تتوقف على تحديد ماإذا كان موضوع هذه الطلبات يتحد أو لايتحد في الطبيعة مع موضوع الطلب الأصلي [4] .

فإذا كانت المبالغ التي تطالب بها نقابة الملاك على سبيل المثال هي عبارة عن أعباء لها ذات الطبيعة التي تكون للمبالغ المطالب بها أمام

---

(١) Civ. 7/11/1973, Bull. Civ. II, No. 279, p. 201.

(٢) OMAR: La Cause de la demande en justice, Thèse, Bordea1977, p. 280 et s.

الترجمة العربية لهذه الرسالة " سبب الطلب القضائي أمام محكمة الإستئناف " منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٨ ص ١٥٠ وما بعدها .

(٣) PERROT : D. 1976, p. 58 et s.

(٤) GIVERDON : Note D. 1976. p. 60 et suite.

أول درجة ، فهنا لايوجد أى إشكال بصدد قبول مثل هذه الطلبات إذا ماطرحت لأول مرة أمام محكمة الإستئناف .

ومن جهة أخرى فإننا نلاحظ ، فى أماكن متعددة ، حرص الفقه الفرنسى على إيجاد همزة وصل ، بصفة دائمة ، تصل مابين مايراد ابدائه لأول مرة أمام محكمة الإستئناف ، وماسبق طرحه من قبل على قاضى أول درجة . ومن هنا ذهب البعض إلى القول بأن الطلب المكمل للطلب الأصلى يجب أن يرتكز على الطلب الأصلى بشكل ما. فذهب البعض إلى أن هذا الإرتكاز يكون بوجود الطلب المكمل فى وقائع الطلب الأصلى . وذهب البعض الآخر إلى أن الطلب المكمل يجب أن يوجد على الأقل بأساسه en germe فى الطلب الأصلى ، بينما ذهب البعض إلى اتحاد غاية الطلب المكمل مع غاية الطلب الأصلى . وذهب فريق آخر إلى اتحاد طبيعة الطلب المكمل مع طبيعة الطلب الأصلى . فى وجهات النظر المختلفة هذه ، فإننا نستطيع أن نلمح الغليان الذى يجيش به الفقه ، وهذا مألوف ، فهو الصراع بين الجديد والقديم ، الصراع بين مبدأ التقاضى على درجتين بكل مايتولد عنه من مبادئ فرعية ، وبين أى إضافة جديدة تهدف لتوسيع نطاق خصومة ثانى درجة على حساب أول درجة .

وإذا كان هذا هو الوضع فى القانون الفرنسى ، فإننا نقول بضرورة وجود صلة بين الطلب المكمل والطلب الأصلى . بمعنى آخر ، ماتنص عليه المادة ٥٦٦ من قانون المرافعات الفرنسى ، من إباحة طرح طلبات مكملة للطلب الأصلى يجب أن يكون فى حدود احترام موضوع وسبب الطلب الأصلى .

ننتقل الآن إلى دراسة تأثير الطلبات المكملة على موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف .

٣٣٤ -٢- تأثير الطلبات المكملة للطلب الأصلى على موضوع هذا الأخير إذا ماطرحت الطلبات المكملة له على محكمة الإستئناف .

L'INFLUENCE DE LA DEMANDE COMPLEMENTAIRE SUR L'OBJET DE LA DEMANDE EN APPEL .

كما سبق القول فإن فكرة التكملة الواردة فى المادة ٥٦٦ من قانون المرافعات الفرنسى تدل على الروح الجديدة التى يريد المشرع الفرنسى ادخالها فى النظام القانونى بالإستئناف .

فمن المعروف كما سبق القول فى العديد من المرات أن نظام الطعن بالإستئناف كما يظهر من مجموع نصوص قانون المرافعات الجديد قد غير هدفه ، بحيث أنه اصبح من الممكن القول بأن الإستئناف هو الآن طريق اتمام وإنهاء للنزاع السابق حسمه بحكم أول درجة .

فنظام الطعن بالإستئناف عن طريق العديد من الوسائل الفنية السابق لنا استعراضها فى هذا المؤلف يشجع الطلب الأصلى على إظهار كل خفاياه ، وتوليد كل احتمالاته ، ذلك حتى يكون فى مكنة قاضى الدرجة الثانية اعطاء حكم نهائى للنزاع المطروح عليه .

ومن هنا شاع فى الفترة الأخيرة القول بأن الطعن بالإستئناف هو وسيلة انهاء للنزاع une voie de finition أو أنه طريق انجاز لقضية أول درجة voie d'achèvement وهذا يبدو بوضوح من النصوص الجديدة التى وردت بصياغات عامة . مرنة ، مثال ذلك فكرة تطور النزاع ، فكرة اكتشاف واقعة ، فكرة الطلبات الإحتمالية ، وينتج من هذه الصياغات أن قضية الإستئناف تكشف أولا بأول نطاقات جديدة لم تكن حتى هذه اللحظة ظاهرة ، كل هذا الإمتداد يتم أمام محكمة الدرجة الثانية.

٣٣٥ - وإذا كان موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الدرجة

الثانية سوف يستعيد حجمه الحقيقـى الـذى كـان يجـب أن يعـرض بـه امـام محكمة الإستئناف ، فإن هناك خشية أن ينعكس الدور الجديد الذى يقوم به نظام الإستئناف ، على عناصر الطلب القضائى مما يؤدى إلى الخشية من عرض طلبات جديـدة تمامـا لأول مـرة أمـام محكمـة الدرجـة الثانيـة وهـذا بحسب الأصل ممنوع ، وتظهر شدة هذا المنع فى التشـريعات التـى تـرى أن قاعدة التقاضى على درجتين متعلقة النظام العام . وبناء علـى هـذا فقـد سبق القول أن الإعتبـارات التـى بنـى عليهـا المشـرع صياغتـه للنصـوص الجديدة ترجع أحيانا إلـى معـايير شـخصية ، وأحيانـا أخـرى إلـى معـايير موضوعية .

فعلى سبيل المثـال ففكـرة التكملـة التـى نصـت عليهـا المـادة ٥٦٦ السـابق لنـا دراسـتها تشـترط فمكانيـة طـرح الطلـب المكمـل علـى محكمـة الدرجة الثانية أن توجد صلة بين هذا الطلب والطلب الأصلى ، ايـا كـانت وجهة النظر التى يمكن على ضوئها تقدير هذه الصلة . وقد ايد البعض أن هذه الصلة توجد إذا ماكان الطلب المكمل موجودا فى ذات الطلب الأصلـى بأساسه en germe .

ومن جهة أخرى فإن المعيار الشخصـى الـذى تبنـى عليـه صياغـة النصوص الجديدة يخول للقاضى سلطة كبـيرة فـى اسـتخلاص مـدى تعلـق الطلب المطروح أمام الإستئناف بالطلب السابق طرحــه أمـام أول درجـة . والقاضى فى استعماله لسلطته التقديرية سوف يأخذ فى الإعتبـار الإحـترام الواجـب لمبـدأ سـلامة وعـدم المسـاس بموضـوع وسـبب الطلـب القضـائى الأصلى l'intégrité de l'objet et de la cause de la demande ، كـل هذا يـأخذه القـاضى فـى الإعتبـار مـع مراعـاة احـترام مبـدأ المواجهـة Le principe contradictoire . ومـع كـل هـذا فقـد ذهـب بعـض الفقـه الـى القــول بأن فكرة التكملة المنصوص عليها فى المادة ٥٦٦ يصعب تحديد

نطاقها ، نظرا لأنها فكرة غير مالوفة فى نطاق قانون امرافعات .

٣٣٦ - ويجذب هذا الفقه الأنظار إلى خطورة هذه الفكرة ، على اساس أنه إذا كان موضوع الطلب الأصلى سوف يسترد حجمه الحقيقى لأول مرة أمام محكمة الإستئناف فإن ذلك سوف يكون مصحوبا باعتداء موجه إلى قاعدة التقاضى على درجتين (١) .

وإذا كانت فكرة التكملة ، وما يتولد عنها من طلبات تعرض لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية ، تؤثر تأثيرا لايقبل الجدل على جميع عناصر الطلب القضائى وبوجه خاص على الموضوع ، والسبب ، فإن السؤال الآن ينصب على التمييز بين مختلف الوسائل الفنية التى نص عليها قانون المرافعات الفرنسى لاعطاء الخصومة فى الإستئناف كل الفرص الممكنة للحصول على حكم حاسم لكل النزاع .

ماهو الفارق بين فكرة تطور النزاع ، اكتشاف واقعة جديدة ، فكرة التكامل ، وغير ذلك من الوسائل الفنية التى نص عليها قانون المرافعات ؟

مثار هذا التساؤل يرجع إلى أن جميع هذه الوسائل الفنية ترمى إلى غاية واحدة هئ اعطاء النظام القانونى للطعن بالإستئناف جميع المكنات التى تخوله حسم النزاع بصورة نهائية أمام محكمة الدرجة الثانية دون حاجة للعودة مرة ثانية أمام محكمة أول درجة ، هى غاية واحدة إذا رغم تعدد الوسائل ، ورغم وحدة الغاية ، إلا أن هذه الوسائل الفنية تتطلب لإعمالها مجموعة شروط تختلف من وسيلة إلى أخرى .

ومن جهة ثانية ، فكل وسيلة من هذه الوسائل تعمل

---

(١) PERROT: loc. cit.

Fonctionne بشكل يختلف من الوسائل الأخرى . فمثلا فكرة تطور النزاع تحرك déclenche الوسيلة الفنية المسماة اختصام الغير ، وبالتالى ففكرة تطور النزاع تلتصق بنظام الإختصام وتعمل بواسطته ، وفكرة اكتشاف الواقعة ، والطلبات الإحتمالية لها شروط تختلف عن شروط تطور النزاع وإن كانتا تؤديان إلى ذات الهدف .

وننتقل الآن الى دراسة فكرة الطلبات الناتجة عن الطلب الأصلى واثرها على موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف .

٣٣٧ -٢- فكرة النتيجة والطلبات الناتجة عن الطلب الأصلى وأثر ذلك على موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الدرجة الثانية .

LA NOTION DE CONSEQUENCE DE SON INFLUENCE SUR L'OBJET DE I '. DEMANDE EN APPEL

لم تظهر فكرة الطلبات الناتجة من الطلب الأصلى فى المادة ٤٦٤ من قانون المرافعات السابق على سنة ١٩٧٦ فى فرنسا . والمعروف أن هذه المادة كانت تنص على طائفة الطلبات الجديدة الجائز طرحها على محكمة الدرجة الثانية استثناء من اقاعدة العامة الى كانت تحرم طرح مثل هذه الطلبات فى الإستئناف .

وإذا كانت المادة ٥٦٦ قد نصت على جواز طرح مثل هذه الطلبات أمام الإستئناف بعد صدور قانون ١٩٧٦، فإن هذا سوف يكون من شأنه إعادة تكوين اللنزاع فى هيكله الحقيقى أمام محكمة الإستئناف لكى يتلقى حكما واحدا حاسما لكل النزاع .

ويرى البعض أن هناك ادعاءات يتضمنها أحيانا الطلب الأصلى ، وكثيرا ماتعتبر مثل هذه الإدعاءات كمسائل أصلية تحتوى على كثير من الإحتمالات . بمعنى أنه يمكن أن ينتج من مثل هذه الإدعاءات الكثير من

الطلبات الناتجة من الطلب الأصلى مما يؤدى إلى احداث تـأثيرات متعددة على موضوع الطلب القضائى .

ففى الأحوال التى يطلب فيهـا أمـام أول درجـة علـى سبيل المثـال إبطال تصـرف قانونى معين ، فإذا أجابت المحكمة المدعـى إلـى دعـواه ، فإن الحكم الصادر بالبطلان يحتوى على فرص متعددة لطـرح العديـد مـن الطلبات الناتجة عن الطلب الأصلى ولو أمام محكمة الإستئناف . مثال ذلك طلب التعويض ، طلب استرداد الثمار ، طلب استرداد المصـاريف وغـير ذلك من الطلبات الناتجة عن الطلب الأصلى .

والنتيجة الحتمية لمثل هذه الطلبات ، كمـا لاحـظ البعـض بحـق ، أنها تشكل تدهورا جديدا لقاعدة التقاضى على درجتين [1] .

وننتقل الآن بعد هذا التحليل الواسـع إلـى دراسـة الطلبـات الجديـدة بأشخاصها أمام محكمة الإستئناف .

المبحث الثالث

الطلبات الجديـــدة بأشخاصهـــا أمام محكمة الإستئناف

(نطاق الأثر الناقل للإستئناف من حيث الأشخاص)

٣٣٨ – تمهيد وتقسيم :

خصومة الإستئناف تدور كقاعدة عامة بيـن نـس الخصـوم السـابق ظهورهم أو تمثيلهم أمام محكمة أول درجة ، والذين سبق أن صدر الحكـم المطعـون فيـه بالإستئناف فيمـا بينهـم ، ومـؤدى قـاعدة التقـاضى علـى درجتين ألا يظهر شخص جديد لأول مرة أمـام محكمـة الإسـتئناف ، لأن

---

(١) PERROT: Loc. cit.

فى ظهوره مايؤدى إلى تفويت درجة من درجات التقاضى بالنسبة له وبالنسبة لخصوم الإستئناف فى ذات الوقت .

ومع ذلك فقد تظهر الحاجة لوجود شخص جديد لأول مرة أمام محكمة الإستئناف وذلك نظرا للصلة الوثيقة التى قد توجد بين المراكز القانونية الموضوعية ، وامراكز القانونية الإجرائية . فى مثل هذه الأحوال يجب علينا البحث عما إذا كان هذا الشخص قد سبق ظهوره أو تمثيله أمام أول درجة وصدر الحكم المطعون فيه بالإستئناف فى مواجهته، أم أنه لم يمثل ولم يظهر أمام أول درجة ، وأيضا لم يصدر أى حكم فى مواجهته .

فإذا كنا إزاء خصم من الطائفة الأولى ، فإنه لايعد من الغير بالمعنى السابق لنا تحديده بصدد فكرة الغير فى قانون المرافعات ، وبالتالى إذا اردنا جذب مثل هذا الخصم لإعادة ظهوره مرة ثانية أمام محكمة الإستئناف فيجب أن نبحث عن الأداة الفنية التى بمقتضاها يتم جذب مثل هذا الشخص الى خصومة الإستئناف . أما إذا كنا إزاء شخص من الطائفة الثانية ، أى إزاء شخص لم يظهر ولم يحكم عليه أمام أول درجة ، فإننا نكون حينئذ أمام شخص من الغير وبالتالى يمكن اعمال نظام التدخل والإختصام فى مواجهته . التوسع فى اعمال نظام تدخل الغير واختصامه لأول مرة أمام محكمة الإستئناف يرتبط ارتباطا وثيقا بالسياسة التشريعية وبالهدف الذى ترسمه هذه السياسة للنظام القانونى للطعن بالإستئناف . فإذا كان الهدف من هذا النظام هو مجرد اعتباره طريق لاصلاح قضاء أول درجة Voie de reformation فإنه لايسمح بتدخل أو اختصام الغير إلا فى أضيق نطاق .

أما إذا كان الهدف من نظام الطعن بالإستئناف هو ، بالإضافة إلى اصلاح قضاء أول درجة ، انهاء النزاع مرة واحدة أمام محكمة

الإستئناف ، دون الحاجة للعودة مرة ثانية الى محكمة أول درجة لطرح طلبات جديدة بأشخاصها أمامها ، ثم الطعن بالإستئناف فى الحكم الصادر فى هذا الطلب ، فهنا ترسم السياسة التشريعية نطاقا واسعا لاعمال نظام التدخل والإختصام أمام محكمة الدرجة الثانية ، وتضرب عرض الحائط بقاعدة التقاضى على درجتين . وفى نطاق هذه السياسة الأخيرة فإن اهدار قاعدة التقاضى على درجتين يكون فى آن واحد بالنسبة للغير الذى يختصم أو يتدخل فى خصومة الإستئناف ، وبالنسبة لخصوم قضية الإستئناف الأصليين أنفسهم حيث يتم حرمانهم من أول درجة من درجات التقاضى .

معالجة الطلبات الجديدة التى تطرح لأول مرة أمام محكمة الإستئناف تقتضى منا تناول المسائل الآتية بالتفصيل :

المطلب الأول : التدخل الإختيارى أمام محكمة الإستئناف .

المطلب الثانى : اختصام الغير لأول مرة أمام محكمة الإستئناف .

المطلب الثالث : الإستئناف المثار بواسطة الإستئناف الأصلى .

وإلى معالجة هذه المسائل .

المطلب الأول
التدخل الإختيارى أمام محكمة الإستئناف

٣٣٩ - تنص المادة ٢٣٦ من قانون المرافعات المصرى على أنه : " لايجوز فى الإستئناف ادخال من لم يكن خصما فى الدعوى الصادر فيها الحكم المستأنف مالم ينص القانون على غير ذلك .

ولايجوز التدخل فيه إلا ممن يطلب الإنضمام الى أحد الخصوم ".

وبعد أن وضعت المادة ٢١٨ من قانون المرافعات المصرى فى فقرتها الأولى القاعدة العامة فى نسبية آثار الطعن . نصت فى فقرتها

الثانية على أن : " على أنه إذا كان الحكم صادرا فى موضوع غير قابل للتجزئة أو فى التزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون فيها اختصام اشخاص معينين جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه اثناء نظر الطعن المرفوع فى الميعاد من أحد زملائه منضما اليه فى طلباته فإن لم يفعل أمرت المحكمة الطاعن باختصامه فى الطعن .

وإذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم فى الميعاد وجب اختصام الباقين ولو بعد فواته بالنسبة اليهم .

نصت أيضا هذه المادة فى فقرتها الثالثة على أن : " كذلك يفيد الضامن وطالب الضمان من الطعن المرفوع من أيهما فى الحكم الصادر فى الدعوى الأصلية إذا اتحد دفاعهما فيها ، وإذا رفع الطعن على ايهما جاز اختصام الآخر فيه " .

ونفس هذه الحلول ينص عليها المشرع الفرنسى الحالى فى المواد ٥٥٢، ٥٥٤.

ويلاحظ أنه يجب اعمال الشرح التالى بالنسبة لكل حالة ينص فيها القانون أيا كان موضوعه على التدخل الإختيارى أمام محكمة الإستئناف .

٣٤٠ – يتضح من نص المادة ٢/٢٣٦ من قانون المرافعات أنه لايجوز التدخل فى خصومة الإستئناف إلا ممن يطلب الإنضمام الى أحد الخصوم .

والأصل أنه لايجوز التدخل أمام محكمة الدرجة الثانية ممن كان خصما أمام محكمة أول درجة لأنه لايعتبر من الغير وبالتالى لايطبق عليه النظام القانونى للتدخل . وفى هذه الحالة لايكون أمام هذا الخصم إلا أن يرفع استئنافا عن الحكم ، أو يوجه اليه استئناف .

والأصل أيضا ، وإعمالا لمبدأ التقاضى على درجتين ، أنه لايجوز لهذا الغير التدخل من تلقاء نفسه لأول مرة أمام محكمة الإستئناف لأن فى ذلك تفويتا لدرجة من درجات التقاضى بالنسبة له وبالنسبة للخصوم كما سلفت الإشارة إلى ذلك (١) .

وإذا كان نص المادة ٢/٢٣٦ من قانون المرافعات يقضى بجواز التدخل أمام محكمة الإستئناف لأول مرة ، فإن هذا النص قاصر على من يتدخل منضما إلى أحد الخصوم ، سواء كان المستأنف أو المستأنف عليه، فكأن نص المادة ٢/٢٣٦ قد استبعد من نطاق القانون المصرى تماما التدخل الهجومى أو الأصلى لأول مرة أمام محكمة الإستئناف . والحكمة فى ذلك أن فى هذا التدخل الهجومى حين يسمح به مايؤدى إلى طرح طلبات جديدة ليس فقط بأشخاصها بل بموضوعها وسببها لأول مرة أمام محكمة الإستئناف وهذا مالايجوز .

والتدخل الإختيارى الإنضمامى الجائز لأول مرة أمام محكمة الإستئناف يصدر من شخص من الغير بالمعنى الفنى لهذه الكلمة ، ويجب أن يكون للغير مصلحة تبرر تدخله الإنضمامى أمام محكمة الدرجة الثانية.

والمتدخل الإنضمامى لايطالب بحق ذاتى لنفسه وإنما هو يتدخل لتأييد أحد الخصمين ومساعدته . والواقع أن مثل هذا المتدخل يرتبط مركزه القانونى بطريق مباشر أو غير مباشر بالمركز القانونى محل الدعوى الأصلية ، فحماية هذا المركز تؤدى إلى حماية مركزه .

مثال ذلك أن ترفع دعوى تعويض على مؤمن لدى شركة تأمين فإن من مصلحة الشركة أن تتدخل الى جانب المؤمن عليه حتى لايحكم

---

(١) العشماوى . ص ٩٠٨ .

عليه مما يؤدى إلى الرجوع عليها فيما بعد [1] . ويجب أن تتوافر علاقة الارتباط بين التدخل الإنضمامى وبين الطلب الأصلى للخصم الذى يتم التدخل إلى جانبه [2] .

والمتدخل الإنضمامى لايبدى أى طب خاص به ، وإنما هو يتدخل لمساعدة أحد الخصوم . وتقدير الضرر الذى يصيب المتدخل من صدور الحكم فى الدعوى الأصلية هو أمر متروك لسلطة قاضى الموضوع الذى يحكم بقبول أو بعدم قبول التدخل . والمناط فى تحديد نوع التدخل أمام محكمة الإستئناف ليس بما يصفه به الخصوم ، ولكن بما يرتبه الحكم فى التدخل من آثار لصالح المتدخل [3] .

وبناء على ذلك فما دام المتدخل لايطلب حقا ذاتيا له لايعد تدخله هجوميا [4] . وقضى أيضا بأن تدخل الدائن الذى لم يتدخل أمام محكمة الدرجة الأولى فى الدعوى القائمة بين مدينه والغير ، بقصد الدفاع عن حقوقه ومراقبتن دفاع المدين حتى لاتخسر الدعوى فيتأثر الضمان العام المقرر للدائن على أموال المدين ، لايعدو أن يكون تدخلا انضماميا [5] .

وحكم أيضا بأن الإنضمام للمستأنف فى طلب رفض الدعوى يعتبر تدخلا انضماميا [6] . ويترتب على التدخل الإنضمامى أمام محكمة الإستئناف اتساع نطاق الأثر الناقل من حيث الأشخاص ، فالمتدخل بقبول تدخله يصير خصما فى الإستئناف وليس للمتدخل انضماميا أن يتخذ

---

(١) ابراهيم سعد . ص ٦٣٢.

(٢) ابراهيم سعد . ص ٦٣٣ .

(٣) نقض مدنى ١٩٦٦/٥/١٩ مجموعة النقض س ١٧ ص ١٤٣٤.

(٤) نقض مدنى ١٩٦٨/١١/٢٦ مجموعة النقض س ١٩ ص ١٤٠٧.

(٥) نقض مدنى ١٩٦٤/١٢/٣١ مجموعة النقض س ١٥ ص ١٢٦٦ .

(٦) نقض مدنى ١٩٦٥/٦/٣٠ مجموعة النقض س ١٦ ص ٨٦٣.

موقفا يتعارض مع موقف الخصم الذى تدخل الى جانبه . ولايجوز للمتدخل الإنضمامى أن يبدى طلبات موضوعية تختلف عن طلبات من انضم اليه وإلا كان تدخله تدخلا اختصاميا غير جائز لأول مرة أمام محكمة الإستئناف [1] .

وزوال الخصومة لأى سبب أو انقضائها بغير حكم فى الموضوع يستتبع حتما سقوط طلب المتدخل انضماميا لأنه يتبع مركز الخصم الذى انضم اليه . وفى جميع الأحوال يشترط لقبول التدخل الإنضمامى أمام محكمة الإستئناف أن يكون الإستئناف صحيحا من جميع الوجوه ومقبولا [2] . ويلاحظ أنه بقبول التدخل الإنضمامى يعتبر المتدخل خصما فى الدعوى ، وتكون له مصلحة فيما يرى اتخاذه من إجراءات ، وفى التمسك بما يرى التمسك به من دفوع مع مراعاة الشرح السابق .

والمتدخل انضماميا يعمل باسمه هو ، فهو لايمثل الخصم الذى تدخل إلى جانبه ، ولايحل محله ، فتدخله يفيد هذا الخصم ، ولايجوز بحال من الأحوال أن يضره . وبناء على ذلك فلا صفة للمتدخل انضماميا فى أن توجه اليه طلبات أو دفوع من جانب الطرف الآخر فى الخصومة [3] . ويجب أن يقدم طلب التدخل فى هذه الأحوال قبل اقفال باب المرافعة وإلا كان غير مقبول .

٣٤١ – وبالنسبة للمادة ٢/٢١٨ من قانون المرافعات المصرى .

تواجه هذه المادة الحالة التى يتعدد فيها اخصوم فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه . هذا التعدد قد يكون فى جانب المحكوم

---

(١) ابراهيم سعد . ص ٦٣٥.

(٢) نقض مدنى ١٩٦٨/٦/٤ مجموعة النقض س ١٩ ص ١٠٩٣.

(٣) ابو الوفا . المرافعات . ط ١٢ ص ١٨٦ .

لهم أو المحكوم عليهم ، بالإضافة إلى ذلك تواجه هذه المــادة موضوعـات معينة للطلب القضائى . هذه الموضوعات هى موضوع غير قابل للتجزئة، أو دعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين .

كما تفترض هذه المادة أنه بعد صدور الحكم فإن مسلك الخصـوم إزاء الطعن فيه يكون مختلفا ، بمعنى أنه قد يطعن البعض بالإستئناف فى هذا الحكم ، ولايطعن البعض الآخر فيه .

وإذا كانت اقاعدة هى أنه لايفيد من الطعن إلا من رفعه ولا يحتـج به إلا على من رفع عليه . وبناء على ذلك فإنه من الممكـن أن تتولـد عـن هذا المركز النتائج الشاذة الآتية :

١ - من لم يطعن من المحكوم عليهم فى الميعاد يصير الحكم فى مواجهتهم غير قابل للطعن فيه ، والتالى فلا يمكـن اعتبـارهم أطرافـا فـى خصومة الإستئناف .

٢ - إذا عدل الحكم المطعون فيه فـى الإسـتئناف فمـن لـم يطعـن فيه لايستفيد من هذا التعديل .

ومن جهة أخرى فمن لم يوجه اليه الطعن بالإستئناف من المحكوم لهـم - فـى الفـرض العكسـى - فـإنهم لايعتـبرون خصومـا فـى خصومــة الإستئناف .

٤ - وبالنسبة للمحكوم لهم أيضا فإنه إذا الغى الحكم الصادر مــن أول درجة فى الإستئناف ، فإن لهم رغم هذا الإلغاء التمسك بهذا الحكم ، وهذه النتيجة تؤدى إلى موقف شديد الصعوبة هو الآتى :

بصدور حكم الإستئناف الذى الغى حكم أول درجة ، فإننـا نكـون فــى الواقع إزاء حكمين نهائيين ، الأول صادر من محكمة أول درجة ولم

يطعن فيه في الميعاد فحاز قوة الأمر المقضى .

والثاني صادر من محكمة الإستئناف ملغيا لحكم أول درجة بالنسبة لبعض الخصوم فقط ، فعند تنفيذ هذين الحكمين نواجه باستحالة منطقية ومادية فى التنفيذ لتناقض القضائين الواردين فى هذين الحكمين (١) .

٣٤٢ – لمواجهة هذه الإستحالة فى التنفيذ نص المشرع على الحلول الوارد فى المادة ٢/٢١٨ من قانون المرافعات . هذه الحلول تواجه حالة عدم التجزئة وحالة التضامن وحالة الدعاوى التى يوجب القانون فيها اختصام اشخاص معينين . والحل الوارد فى هذه المادة يسرى بالنسبة للمحكوم لهم أو المحكوم عليهم وذلك عند تعددهم واختلاف مسلكهم إزاء الطعن فى الحكم الصادر فى هذه المواد . والواقع أن الحلول ألوارد فى المادة ٢/٢١٨ من قانون المرافعات المصرى لامجال لاعمالها إذا كنا إزاء خصمين فقط ، فلن يخرج الأمر فى هذه الحالة عن وجود مستأنف ومستأنف عليه .

كذلك لامجال لاعمال هذه المادة حتى فى حالة تعدد الخصوم سواء فى جانب واحد أو فى الجانبين ، وذلك فى حالة اتحاد مسلكهم إزاء الطعن بالإستئناف فى الحكم الصادر فى مادة غير قابلة للتجزئة أو فى التزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون فيها اختصام اشخاص معينين. فإذا طعنوا جميعا أو امتنعوا جميعا عن الطعن فلن نكون إلا إزاء حكم واحد هو الحكم الذى صدر من محكمة الإستئناف فى حالة الطعن ، أو الحكم الذى صدر من محكمة أول درجة فى حاللة عدم الطعن . وبناء على ذلك فلاتوجد استحالة فى التنفيذ .

---

(١) فتحى والى . ص ٥٨٥.
– نبيل عمر . دراسات فى فلسفة قانون المرافعات . ص ٣٠ .

أما اختلاف مسلك الخصوم غزاء الطعن فى الحكم الصادر فى موضوع من المواضيع التى نصت عليها المادة ٢/٢١٨ من قانون المرافعات ، فإنه هو الذى أدى بالمشرع إلى إيجاد الحل الوارد بهذه المادة لتلافى الإستحالة فى التنفيذ السابق الإشارة اليها والناتجة عن تضارب الأحكام (١) .

٣٤٣ - ويقصد بحالة عدم التجزئة أن يكون موضوع الطلب القضائى بحسب طبيعته أو بالإتفاق غير قابل للإنقسام لا ماديا ولا معنويا(٢) .

أما الدعاوى التى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين فمثالها دعوى استرداد المنقولات المحجوزة (٣) ، ودعوى الشفعة أو دعوى قسمة المال الشائع .

والحلول التى وضعها المشرع المصرى لتفادى استحالة التنفيذ حسبما هو وارد فى المادة ٢/٢١٨ من قانون المرافعات تنحصر فيما يلى:

أولا : الأحوال التى يتعدد فيها المحكوم عليهم :

فى مثل هذه الحالة إذا رفع بعض المحكوم عليهم طعنا بالإستئناف صحيحا وفى الميعاد ، فإن للمحكوم عليهم الآخرين الذين فات ميعاد الطعن بالنسبة لهم ، أو الذين قبلوا الحكم الصادر من أول درجة ، لهؤلاء الأشخاص أن يرفعوا طعنا بالإستئناف ، أى لهم رفع طعن جديد

---

(١) راجع بالتفصيل : نبيل عمر .دراسات فى فلسفة قانون المرافعات. ص ٢٠ - ٥٠ .

(٢) راجع بالتفصيل تعريف فكرة عدم التجزئة وتمييزها عن غيرها . مؤلفنا فى فلسفة القانون ص ٤٠ .

(٣) نبيل عمر . إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية . ص ٣٤٠ وما بعدها.

رغم فوات الميعاد أو رغم قبولهم السابق للحكم الصادر من اول درجة ويجب أن يبنى هذا الطعن على ذات اسباب الطعن الأول . ويجوز لهم التدخل انضماميا إلى جانب الطعن القائم .

فإذا لم يستخدم أحد من هؤلاء هذه الرخص أمرت المحكمة باختصامه ويتم ذلك بواسطة الطاعن . فإن لم يفعل هذا الأخير ما أمرته به المحكمة جاز للمحكمة إعمال الجزاءات المنصوص عليها في المادة ٩٩ من قانون المرافعات ، كما يجوز لها أن تحكم بعدم قبول الطعن .

السؤال الآن هو : هل يتعلق الأمر في هذه الحالة " باختصام " شخص من الغير بالمعنى الفنى لمصطلح اختصام ؟ لانعتقد ذلك . لماذا؟

لأن من يراد جلبه أمام محكمة الدرجة الثانية هو خصم حقيقى سبق ظهوره أمام أول درجة ، وصدر الحكم المطعون فيه في مواجهته ، ولم يطعن فيه ، وكل مافى الأمر أنه يراد جذبه مرة ثانية أمام محكمة الإستئناف حتى لاتتعارض الأحكام ، ويستحال تنفيذها ، فنحن إذا نكون إزاء شخص من " الخصوم " وليس من " الغير " . وبناء على ذلك فما تنص عليه المادة ٢/٢١٨ من أدوات فنية لجذب هذا الشخص أمام الدرجة الثانية لايمكن أن يصدق عليها وصف النظام القانوني للإختصام أو التدخل وبالتالى لاترتب آثاره .

بظهور كافة المحكوم عليهم أمام محكمة الدرجة الثانية ، كما كانوا أمام محكمة أول درجة ، يعاد تكون العنصر الشخصى بكامل صورته امام محكمة الدرجة الثانية ، ويستكمل الأثر الناقل للإستئناف كامل نطاقه من حيث الأشخاص .

ثانيا : إذا تعدد المحكوم لهم ، ورفع الطعن بالإستئناف على بعضهم صحيحا وفي الميعاد ، فإن المادة ٢/٢١٨ تنص على أنه يجب

على الطاعن اختصام باقى المحكوم لهم فى الطعن ولو بعد فوات الميعاد بالنسبة لهم . فإن لم يفعل جاز للمحكمة اعمال الجزاءات المتصوص عليها فى المادة ٩٩ ، كما يجوز لها أن تحكم بعدم قبول الطعن .

ونفس الملاحظة السابق لنا الإشارة اليها فى الحالة الأولى بصدد فكرة " الإختصام " تطبق هنا أيضا .

وقد استقرت محكمة النقض المصرية على أنه إذا كان الطعن مرفوعا من بعض المحكوم عليهم ، أو على بعض المحكوم لهم فى الأحوال التى يتعدد فيها الأطراف ، إذا كان مثل هذا الطعن باطلا فإنه يكون بباطجلا بالنسبة للجميع . وما تقرره محكمة النقض فى هذه الحالة يشمل الطعن الباطل الذى رفع فى الميعاد أو الطعن الباطل الذى رفع بعد الميعاد . فبطلان الطعن بالنسبة للبعض يؤدى إلى بطلان كلى يشمل جميع الطعون فى القضية [1] .

٣٤٤ - وتنص المادة ٣/٢١٨ على حكم خاص بالنسبة للضامن وطالب الضمان . وباختصار فهذا الحل يتضمن الآتى :

١ - إذا حكم على الضامن وطالب الضمان فى الدعوى الأصلية. ثم طعن أحدهما فى الحكم بالإستئناف ، بينما فوت الآخر ميعاد الطعن أو قبل الحكم ، فإن هذا الأخير يفيد من الطعن المرفوع فى الميعاد بشرط أن يكون دفاعهما فى الدعوى الأصلية واحدا . وإذا اختلف دفاعهما فإنه لايفيد من هذا الطعن .

ومعنى الإفادة من الطعن فى هذه الحالة أنه يجوز لمن قبل الحكم أو فوت ميعاد الطعن أن يطعن فى الحكم أثناء نظر الطعن المرفوع فى

---

(١) فتحى والى . ص ٥٨٨ والمراجع المشار اليها .

الميعاد من زميله منضما اليه فى طلباته ، فإن لم يطعن أو ينضم فإن الطعن ينظر دون اختصامه (ويلاحظ هنا ايضا أننا لسنا بصدد اختصام بالمعنى الفنى) [1] .

٢ - أما إذا صدر الحكم على منازع صاحب الضمان ، وقام المحكوم عليه بالطعن فى هذا الحكم فى الميعاد ضد الضامن أو ضد صاحب الضمان فقط ، فى مثل هذه الحالة فإنه يجوز للطاعن اختصام الطرف الأخر الذى لم يوجه اليه الطعن أو بعد فوات الميعاد . وإن لم يفعل فإن الطعن ينظر دون اختصامه .

وفى كل هذه الأحوال فإن بطلان الطعن المرفوع من أحدهما أو على الآخر لايؤدى إلى بطلان الطعن المرفوع من أو على الآخر .

وننتقل الآن الى دراسة اختصام الغير لأول مرة فى خصومة الإستئناف .

المطلب الثانى

اختصام الغير لأول مرة فى الإستئناف

ومدى جوازه فى قانون المرافعات المصرى والفرنسى

٣٤٥ - سبق القول أن المادة ٢٣٦ من قانون المرافعات المصرى قد وضعت القاعدة العامة فى عدم جواز اختصام الغير لأول مرة أمام محكمة الإستئناف . ومع ذلك فهذا النص يسمح بمثل هذا الإختصام فى الأحوال التى ينص فيها القانون على ذلك .

والوضع فى القانون الفرنسى مختلف تماما عن الوضع فى القانون

---

(١) عبدالمنعم حسنى . ص ١٩٧ .

المصرى بصدد اختصام الغير لأول مرة أمـام محكمـة الإستئناف ، لهـذا فإننا سوف نقوم بمعالجة اختصام الغير فى الإستئناف فى القانون الفرنسـى ثم نعقب ذلك بدراسة الوضع فى القانون المصرى .

وعلى ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول : اختصام الغير فى القانون الفرنسى .

الفرع الثانى : اختصام الغير فـى القـانون المصـرى وذلـك أمـام محكمـة الإستئناف ولأول مرة .

الفرع الأول

أولا : اختصام الغير أمام محكمة الإستئناف بهدف الحكم عليه بعد صدور قانون ١٩٧٦ فى فرنسا [١]

---

(١) MOREL: Traité élémentaire, 10 ème éd., 1949, p. 374.
J. NORMAND: Le juge et le litige, Thèse - Lille, 1965, p. 1 et s.
F, TERRE: L'intervention en appel, rapport, in : Colloque d'Aix, 1963. p. 115.
BERTRAND : Intervention sur le rapport de M. Terré, Colloque d'Aix , p. 132.
Maitre PARMENTIER : Intervention sur le rapport de M. Terré. p. 135.
M. le président COURTEAUD, Intervention sur le rapport de M. Terré. p. 137.
J. VINCENT : Les dimensions nouvelles d'appel. D. 1973. p. 235.
TISSOT et PRROT: Les effets de l'appel, l'ouverture quant aux personnes. Gaz. pal. 1974, p. 408.
DU RUSQUEC et PERROT: Les conclusions d'appel et 

٣٤٦ - لن ندرس فى هذا المجال الصورة التى كانت معروفة فى فرنسا والتى كان يختصم فيها شخص من الغير بهدف جعل الحكم الصادر فى الإستئناف حجة عليه ، فهذه الصورة لم تكن تثير فى فرنسا أى اختلاف سواء فى الفقه أو فى القضاء . وكان الإجماع منعقدا على جواز هذه الصورة من صور اختصام الغير فى الإستئناف . وقد اعتمد قانون ١٩٧٦ هذا العمل .

وتنص المادة ٥٥٥ من قانون المرافعات الفرنسى كقاعدة عامة على أن " الأشخاص السابق ذكرهم فى المادة ٥٥٤ يمكن اختصامهم أمام محكمة الإستئناف حتى بهدف الحكم عليهم إذا ما أدى تطور النزاع إلى ضرورة هذا الإختصام " .

وتنص المادة ٣٣١ من هذا القانون على جواز اختصام الغير بهدف جعل الحكم حجة عليهم كما سبق البيان . وبصدد نص المادة ٥٥٥ السابق الإشارة اليها ، فإننا نلاحظ أنها أجازت اختصام الغير بهدف الحكم عليه ، ولم يكن الوضع كذلك قبل صدور قانون ١٩٧٦ ، فقد كان هناك خلاف بين محاكم الإستئناف ومحكمة النقض فى هذا الخصوص (١) .

فمحاكم الإستئناف الفرنسية أظهرت عداء شديدا تجاه هذا النوع

== L'immutabilité du litige , la technique des conclusions d'appel, Gaz, pal. 1975. p. 3 et s.

ASSELIN : le double degré de juridiction. Thèse, Poitiers, 1934, p. 77.

MIGUET : Immutabilité et évolution du litige, Thèse Toulouse, 1975, p. 230.

(١) Le rapport magistral de M. Terré, p. 127.

من أنواع الإختصام [١]. فقد لوحظ بحق أن الطلب الرامى الى اختصام الغير أمام محكمة الإستئناف بهدف الحكم عليه يعتبر طلبا جديدا وعلى هذا الأساس فهو يشكل خرقا لقاعدة التقاضى على درجتين وبالتالى فهو غير مقبول [٢] .

ومن جهة أخرى فإن الغير الذي يختصم لأول مرة أمام محكمة الإستئناف سوف يجد نفسه فجأة أمام خصومة متطورة الى حد بعيد أمام محكمة الإستئناف وبالتالى فله كامل الحق فى أن يطلب من القاضى الأمر بإخراجه من هذه الخصومة . وعلى هذا فالقضاء الخاص بمحاكم الإستئناف كان لايحبذ هذا النوع من أنواع الإختصام رغم تفاوت هذا القضاء بين الشدة والتسامح [٣] .

٣٤٧ – وفيما يتعلق بمحكمة النقض الفرنسية فإنها قد أجرت تفرقة غريبة بين اختصام الغير فى الإستئناف . والإستئناف الخاص بدعوى الضمان .

فالأحكام العديدة لمحكمة النقض ابدت قبولا كبيرا لإجازة اختصام الغير لأول مرة أمام محكمة الإستئناف ، سواء صدر هذا الإختصام من المستأنف أو المستأنف عليه . ومن هذا مثلا أنها حكمت بقبول اختصام

---

(١) Paris 13/2/1960. D. 1960 Som. 76.
Paris 14/5/1960. J.C.P. 1960. 1V, No. 3478.

(٢) Notre Thèse, p. 130.
Terré, op. cit., Loc. cit.

(٣) Paris 2/2/1953. J.C.P. 1963, V1, p. 115.
Paris 18/12/1954. D. 1957. 40. Note Crémieu.
Montpillier 13/4/1957. J.C.P. 1957. II. 10153.
Note Dijol.

بنك بناء على طلب حامل شيك غير مدفوع والذى سبق له أن رفع الدعوى ضد أحد المظهرين .

ومن جهة أخرى ، وعلى عكس ماسبق ، فإن محكمة النقض تتفق مع محاكم الإستئناف فى عدم قبول اختصام الغير فى دعوى الضمان(1) . وفى صدد هذا الموقف الأخير لمحكمة النقض فإنها تتأسس على قاعدة تحريم الطلبات الجديدة لأول مرة أمام محكمة الإستئناف (2) La prohibition des demandes nouvelles en appel .

ومع هذا فقد وجه النقد الشديد من جانب الفقه الى هذه التفرقة التى قامت بها محكمة النقض الفرنسية فى التمييز بين اختصام الغير العادى ، والإختصام فى دعوى الضمان ، والواقع أنه لايوجد أى فارق بين الإختصام فى هاتين الحالتين ، فالإختصام سواء فى تلك الحالة أو هذه يشكل استثناء على قاعدة التقاضى على درجتين ، وكلا النوعين من التدخل يشكل ، من جهة أخرى ، خرقا لحظر تقديم الطلبات الجديدة لأول مرة أمام محكمة الإستئناف .

وبناء على هذا فقد لاحظ الإستاذ Terré أن محكمة النقض تختلف عن محاكم الإستئناف فيما يتعلق بقبول اختصام الغير بهدف الحكم عليه ، ولكنهما تتفقان فى رفض اختصام الغير فى دعوى الضمان .

---

(١) Cass. Civ. 8/11/1877/ S. 1877. I.147.
Cass. Civ. 23/2/1920. S. 1921.1.265.
Cass. Civ. 5/11/1947/ D.C. 1942. 158.
Cass. Soc. 31/5/1961. D. 1962, 184.
Voir des exemples multiples in : Miguet, op. cit., pp. 233 et s.

(٢) MIGUET, p. 234.
TERRE, op. cit., loc. cit.

وبناء على هذا فقد نادى ابعض بضرورة التدخل التشريعى لحسم هذا الخلاف (١) .

٣٤٨ – وفى القانون المصرى تنص المادة ٢٣٦ على أن اختصام الغير لأول مرة أمام محكمة الإستئناف غير مقبول ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك . والتدخل الإختيارى فى خصومة الإستئناف فى مصر غير جائز إلا فى الحالات التى ينضم فيها المتدخل إلى أحد الخصوم. واختصام الغير فى مصر يرجع حظره الى نفس الأسس النظرية المعمول بها فى فرنسا ، قاعدة التقاضى على درجتين ، وتحريم الطلبات الجديدة فى الإستئناف .

وقاعدة التقاضى على درجتين فى مصر تتعلق بالنظام العام فى رأى جمهور الفقهاء وحظر اختصام الغير ، أمام محكمة الإستئناف فى مصر هو حظر مطلق سواء كان هذا الإختصام يهدف إلى الحكم عليه أو جعل الحكم الصادر فى الإستئناف حجة عليه ، وقاضى الإستئناف فى مصر يستطيع أن يثير عدم قبول هذا الإختصام من تلقاء نفسه ، ومن هنا نستطيع القول أن قاعدة التقاضى على درجتين تحتفظ فى مصر بقوة راسخة تفتقدها فى فرنسا .

ومع هذا فاختصام الغير فى مصر يجوز بناء على حكم المادة ١١٨ التى سوف يرد الحديث عنها فيما بعد .

وننتقل الآن إلى معالجة اختصام الغير أمام محكمة الإستئناف بعد صدور قانون ١٩٧٦ فى فرنسا .

٣٤٩ – ثانيا : قانون ١٩٧٦ فى فرنسا واختصام الغير أمام

---

(١) TERRE, p. 128.

محكمة الإستئناف بهدف الحكم عليه .

تنص المادة ٥٥٥ من قانون المرافعات الفرنسى على أن " نفس الأشخاص المشار اليهم فى المادة ٥٥٤ يمكن اختصامهم أمام محكمة الإستئناف حتى بهدف الحكم عليهم إذا اقتضى تطور النزاع ذلك " .

هذه المادة توضح بعبارات صريحة إرساء مبدأ قبول اختصام الغير أمام محكمة الإستئناف . وهذا النص يشكل فى رأينا تجديدا فى نطاق قانون المرافعات الفرنسى لم يكن معروفا حتى الآن ولم يسبق لأى تعديل تشريعى لهذا القانون أن أورد هذا النص (١).

وسوف نتناول هذا النص بالدراسة من زاوية واحدة فقط هى مدى تأثيره على موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف . أى ماهو اثر اختصام الغير بهدف الحكم عليه بشئ ما أمام محكمة الإستئناف على موضوع الطلب القضائى وبالتالى نستطيع أن نضبط الحدود التى يمكن القول غزائها بأننا أمام طلب جديد بموضوعه وسببه والتالى نحذر من تحول محكمة الإستئناف إلى محكمة أول درجة عن طريق استخدام وسائل فنية جديدة خاصة بميكانزم الطعن بالإستئناف (٢).

وسوف نقوم الآن بدراسة شروط اعمال المادة ٥٥٥ من قانون المرافعات الفرنسى .

ثم نتناول التحديد الذى نراه ملائما لفكرة تطور النزاع la notion d'évolution du litige .

---

(١) VIZIOZ: La réforme de l'appel, Commentaire de la loi du l'appel. J.C.P., p. 306.

(٢) Notre Thèse, p. 30 et s.

٣٥٠ -١- الشروط التى تتطلبها المادة ٥٥٥ من قانون المرافعات الفرنسى حتى يمكن اختصام الغير أمام محكمة الإستئناف بهدف الحكم عليه .

يظهر من نص المادة ٥٥٥ من قانون المرافعات الفرنسى أن الشرط الوحيد الواجب توافره حتى يمكن اختصام الغير بهدف الحكم عليه بشئ ما أمام محكمة الإستئناف هو تطور النزاع ، بحيث يؤدى هذا التطور الى ضرورة هذا الإختصام . ويجب علينا الآن أن نحدد بوضوح معنى هذا الشرط . وهذا التحديد لايخلو من الصعوبات ، وبالذات إذا أخذنا فى الاعتبار أن هذا الشرط هو الوحيد الذى يبقى حاميا لقاعدة التقاضى على درجتين ، بحيث أن التحديد الذى سوف يعطى له سوف يؤدى إما الى تلاشى قاعدة التقاضى على درجتين ، أو الحفاظ عليها .

وسوف نحاول دراسة الفقه والقضاء الحديث بهدف التوصل إلى تحديد التصور الذى يعطيه شراح القانون ومطبقيه لهذا الشرط .

هذه الدراسة الإستقرائية ، سوف تصل بنا إلى محاولة الإدلاء بدلونا وإقامة تعريف محدد لهذه الفكرة الخاصة بتطور النزاع .

وفى خلال هذه الدراسة سوف يكون لنا أن نحدد مدى التأثير الذى يخضع له موضوع الطلب القضائى نتيجة لاختصام الغير أمام محكمة الإستئناف .

يرى الأستاذ Perrot أن فكرة تطور النزاع تثير أول ماتثير صورة نزاع متحرك ومتطور ومتغير باستمرار . هذا النزاع يكتسب مع تقدم سير الإجراءات امتدادا جديدا . ولكن هذا التطور يعتمد فى اساسه على واقعة موجودة فى الطلب القضائى أمام محكمة أول درجة .

Cette évolution et ce développement prennent pour base un fait qui était contenu en germe devant le premier jueg.

٣٥١ – والفكرة الأساسية لدى الأستاذ " بيرو" تكمن فى الكشف عن واقعة كامنة فى الطلب القضائى الذى طرح أمام أول درجة ، ومن شأنها أن تحرك هذا التطور الخاص بالنزاع المعروض أمام ثانى درجة .

وقد ذهبت بعض المحاكم إلى القول بأنه ليس من الضرورى لكى يوجد تطور للنزاع أن يكون هناك وقائع مادية جديدة ظهرت منذ لحظة تقديم الطلب المفتتح للخصومة ، بل على العكس من ذلك فيكفى أن يكون المركز القانونى la situation juridique للأطراف يتطلب ، لحسن سير العدالة ، أن يحسم النزاع بالنسبة لجميع ذوى المصلحة حتى ولو لم يكونوا أطرافا أمام محكمة الإستئناف [١] .

وعلى العكس من هذا فقد حكم بأنه لايوجد تطور للنزاع من شأنه أن يؤدى إلى اختصام الغير وبالتالى يشكل اعتداء على قاعدة التقاضى على درجتين إذا كان العنصر المعدل لمعطيات النزاع قد طرأ أثناء سير الإجراءات أمام محكمة أول درجة [٢] . ولا يعتبر أن النزاع قد تطور طالما أن مراكز الخصوم لم يحدث لها أى تغيير [٣] ، أو إذا لم يتعدل أى عنصر من عناصر النزاع [٤] .

---

(١) Lyon, 2/4/1974. Gaz. pal. 1924. 2. Somm. 225.
Pau, 2/5/1973. J.C.P. 1973. II.175. 12.

(٢) Civ. 3/3/1976. Gaz. Pal. 1976. I. 388.
Civ. 3/3/1976. Bul. Civ. III, p. 133.
Civ. 13/5/1976. D. 1976, p. 260.
Lyon. 28/4/1976. D. 1977, p. 30.

(٣) Orléans, 19/11/1974. J.C.P. 1976. IV, p. 158.

(٤) Civ. 12/5/1976, op. cit.

وهذه الواقعة المحركة لتطور النزاع أمام محكمة الإستئناف ، وبالتالى ترخص للأطراف اختصام الغير بهدف الحكم عليه ، وبالتالى قد تؤدى إلى إحداث تأثيرات كبيرة على موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف ، مما يؤدى إلى خرق قاعدةى التقاضى على درجتين ، ويشكل اعتداء على مبدأ تحريم طرح الطلبات الجديدة أمام محكمة الإستئناف ، هذه الواقعة يمكن البحث عنها سواء فى تحقيق تم اجرائه أمام أول درجة ، أو فى عمل خبير ثم تنفيذه أمام أول درجة ، أو فى أوراق جديدة تم طرحها أمام محكمة الإستئناف .

٣٥٢ - ويرى الأستاذ " بيرو " أيضا أن " إذا كانت الواقعة المثارة كأساس لتطور النزاع معروفة لأحد الخصوم فى خصومة أول درجة ، وأثناء هذه الخصومة ، وإذا كان هذا الخصم لم يبادر أثناء خصومة أول درجة باختصام من يريد اختصامه ، فى مثل هذه الأحوال لانستطيع الكلام عن تطور النزاع دون تعسف فى استخدام هذا المصطلح[١] .

ومن جهة أخرى يرى الأستاذ Tissot أن فكرة تطور النزاع باعتبارها الشرط الأساسى الذى يرخص للخصوم طلب اختصام الغير أمام محكمة الإستئناف بهدف الحكم عليهم بشئ ما ، تحقق مرونة Souplesse مرغوب فيها فى نطاق خصومة الدرجة الثانية . ومع هذا فإن هذا الفقيه يرى أن فكرة تطور النزاع تشكل اعتداء حاسما يقع على قاعدة التقاضى على درجتين [٢] .

---

(١) PERROT et TISSOT: Gaz., pal. 1974, p. 408 et s.

(٢) TISSOT : Gaz, pal. 1974, p. 410 et s.

كل هذا يؤدى بنا إلى التساؤل عن التفسير الواجب اعطائه لفكرة تطور النزاع أمام محكمة الإستئناف ، نظرا لما يترتب على هذه الفكرة من آثار خطيرة ، هل يجب أن نعتنق لهذه الفكرة مفهوما واسعا ، بحيث يكون اختصام الغير مقبولا حتى لو تعلق الأمر بإهمال من جانب الخصم الذى يطلب الإختصام ، أو بنسيان عمدى لأمر من الأمور التى كان من الواجب التمسك بها أمام أول درجة ، مادام احترام حقوق الدفاع مكفولا أمام محكمة ثانى درجة ؟ .

٣٥٣ - ويقابل هذا الإتجاه الموسع لفكرة تطور النزاع ، اتجاه آخر مضيق لهذه الفكرة بحيث إذا لم تستغل الواقعة المولدة لهذا التطور أمام أول درجة ، فإن اختصام الغير بناء على هذه الواقعة - التى كانت موجودة أمام أول درجة - يكون غير مقبول [١] .

والخلاصة التى يصل اليها الأستاذ Tissot تشير إلى وجوب توافر واقعة جديدة un fait nouveau تسمح باختصام الغير أمام محكمة الإستئناف ، ويرى هذا الفقيه أن مضمون حكم أول درجة المطعون فيه بالإستئناف يمكن أن يكون واقعة جديدة بذاته ، وبالتالى يصلح أن يكون نقطة بداية فحداث تطور فى النزاع أمام محكمة ثانى درجة . وبناء على هذا التطور يمكن اختصام الغير بهدف الحكم عليه ، وبالتالى يمكن أن نجد أنفسنا أمام خضوع موضوع الطلب القضائى للعديد من التأثيرات التى قد تغير ملامحه بحيث نكون أمام طلب جديد بموضوعه ، جديد من قبل بسببه [٢] .

---

(١) TISSOT: Op. cit., Loc. cit.

(٢) TISSOT: Op. cit., Loc. cit.
Notre Thèse, p. 200 et s.

ولتحديد مدى دقة الخط الفاصل بين التفسير الواسع والتفسير المضيق لفكرة تطور النزاع نضرب الأمثلة التالية :

أولا : لإعطاء مثال للتفسير الموسع لفكرة تطور النزاع صدر حكم من محكمة استئناف Pau فى ١٩٧٣/٥/٢ بقبول اختصام الغير بهدف الحكم عليه حتى لو لم يكن هناك أى تطور للنزاع ، مادام هذا الإختصام ضروريا nécessaire ، أو مفيدا utile أو مرغوبا فيه souhaitable ، ومادامت حقوق الدفاع محترمة . وبالنظر إلى حيثيات هذا الحكم فإننا نلاحظ أن محكمة Pau قد ذهبت بعيدا جدا فى تفسيرها لشرط تطور النزاع .

فقد ذهبت هذه المحكمة إلى أن : " بما أن روح المادة ٥٥٥ من قانون المرافعات تجعل من تطور النزاع الشرط الوحيد لإمكانية اختصام شخص من الغير وبالتالى فلا يمكن لأى واقعة أو أى خطأ أن يشكل عقبة أمام اعمال نص هذه المادة ، أيضا فإن الإهمال أو النسيان العمدى أمام أول درجة لايشكل أى عقبة فى تطبيق هذه المادة . فنص المادة ٥٥٥ يريد أن يقول أن خصومة الإستئناف ، يجب أن تستعيد وحدتها الأولى ، ويجب أن تستكمل الشكل الذى كان يجب أن ترفع به بأسرع وقت ، فعامل السرعة والإنتهاء من النزاع برمته ، أمام محكمة الإستئناف ، ومرة واحدة يشمل اعتبارا يعلو على قاعدة التقاضى على درجتين [١] .

ولايخفى على أحد مدى خطورة مثل هذا الإتجاه الموسع فى تحديد فكرة تطور النزاع ، ومايؤدى اليه من المساس بالقواعد الأساسية فى قانون المرافعات .

وترى بعض محاكم الإستئناف أن المادة ٥٥٥ يجب أن تفسر

---

(١) Cité par Tissot, loc. cit.

تفسيرا ضيقا نظرا لأنها تخالف مبدأ التقاضى على درجتين .

ثانيا : ولإعطاء مثال للتفسير المضيق لفكرة تطور النزاع نجد أن محكمة استئناف Reime قد اصدرت حكما فى ١٦ظ١٠ظ١٩٧٣ فى صدد المركز الواقعى التالى :

رفع أحد الخصوم استئنافا عن حكم صادر من محكمة جزئية فاصلا فى مسألة حيازة . وعند اعلان صحيفة الإستئناف قام المحضر بارتكاب خطأ فى الإعلان – فى عملية الإعلان ذاتها – وتم تصحيح هذا الخطأ بعد فوات الميعاد ، وقام المستأنف باختصام المحضر فى دعوى الضمان أى لكى يكون المحضر ضامنا لجميع النتائج المترتبة على الخطأ فى الإعلان . وبنى هذا الطلب على اساس أن المحضر قد ارتكب الخطأ شخص فى عملية الإعلان مما أدى إلى بطلان الإستئناف .

والواقع أنه لايوجد فى هذه القضية أى تطور للنزاع ، بل هى دعوى جديدة ، تختلف عن الدعوى الأولى الخاصة بالحيازة .

ومن هنا رفضت المحكمة فكرة وجود أى تطور للنزاع (١) ودون أن نتطرق للبحث عن جميع التطبيقات القضائية لفكرة تطور النزاع فقد لاحظ البعض أن العمل القضائى – بصدد هذه الفكرة – يتميز بالتضارب والخلط الشديد (٢) .

٣٥٤ – ففي حكم لمحكمة استئناف Chambéry أكدت هذه المحكمة عدم وجود أى اثر لتطور النزاع فى الحالة التى تكون فيها جميع عناصر النزاع معروفة للأطراف من الأصل وأمام محكمة أول درجة ،

---

(١) Cité par TISSOT, loc. cit.

(٢) MIGUET: Op. cit., p. 243.

فمنذ هذه اللحظة لم يطرأ أى تغيير على النزاع [١] .

Il n'y a pas eu d'évolution du litige alors que tous les éléments du litige étaient connus dès son origines et en tous cas dans la procédure de première instance.

وفى حكم حديث صادر من محكمة ديجون Dijon فى ١٩٧٧/٦/٢١ أمكن لبعض الفقهاء ملاحظة أن فكرة تطور النزاع يجب أن تكون مفهومة على اساس أن النزاع السابق طرحه على أول درجة ، والمنظور أمام محكمة الإستئناف يجب أن يظل قائمة حتى يمكن أن يتطور [٢] . وفى القضية المطروحة أمام محكمة Dijon كان هناك نزاع بين شخصين يمتلكان عقارين هؤلاء الأشخاص أن خصمهما المشترك هو المهندس المعمارى L'architecte وبناء على ذلك تنازل الطرفان عن دعواهما .

وقام كلا منهما بتوجيه طلب الى هذا المهندس بهدف اختصامه أمام قاضى الإستئناف ، فحكمت محكمة الإستئناف بعدم قبول مثل هذا الطلب ، وكانت محقة فى ذلك [٣] . وتبرير عدم قبول هذا الطلب فى رأى البعض هو أن النزاع لم يتطور ولكن الرأى الراجح فى اعتقادنا هو أن النزاع الأصلى الذى كان يوجد بين الخصوم قد انتهى بتنازلهما عن طلباتهما ، أو بالصلح الذى ابرم بينهما . فاختصام الغير يجب أن يكون واضحا فى الأذهان أنه مجرد طلب عارض يهدف إلى توسيع نطاق خصومة الإستئناف . ولكى يقدم هذا الطلب العارض فلا بد أن توجد خصومة قائمة ، فإذا زلت هذه الأخيرة لأى سبب لايكون هناك أى مجال

---

(١) Cité in : TISSOT. loc. cit .
Paris 11/2/1975. Gaz. pal. 1975. I. 413.

(٢) Revue Trimistrielle de droit civil, 1978, No. 2. p. 160.

(٣) Commentaire de Roger Perrot.

للتحدث عن تطور ، وإنما يمكن القول أن مثل هذا الإختصام لايجد اساس وجوده ، أى لايجد خصومة قائمة . فهنا يكون على الخصوم ، إذا أرادوا ، أن يرفعوا دعوى مبتدأة على المهندس المعمارى .

٣٥٥ - وإذا كانت محكمة ديجون قد حكمت بعدم قبول مثل هذا الطلب ، فهى قد ارادت أن توضح للكافة أن هناك حدا لمثل هذا الإختصام لايجوز لأى شخص أن يتجاوزه ، هذا الحد هو ضرورة وجود خصومة يحدث داخلها تطور أمام محكمة الإستئناف .

أما إذا زالت هذه الخصومة ، فلا يمكن طلب اختصام الغير لأول مرة أمام محكمة الإستئناف . وهناك العديد من الأحكام القضائية لاتثير حتى مجرد فكرة تطور النزاع ، نظرا لأن المدعى عليه فى الإختصام la mise en eause أمام الدرجة الثانية لايتمسك بعدم قبول مثل هذا الطلب بمقولة أنه لايوجد أى تطور للنزاع ، بل هو فى الحقيقة يستسلم للإختصام (١) .

بل اكثر من هذا فهناك العديد من الأحكام القضائية تقرر بصفة مبهمة أن النزاع قد تطور ، أو أنه يوجد تطور يكفل تاسيس طلب اختصام الغير أمام محكمة ثاني درجة ، فعلى سبيل امثال تذهب بعض المحاكم إلى القول بأن : شروط المادة ٥٥٥ من قانون المرافعات الفرنسى - التى تضع شروط الإختصام أمام محكمة الإستئناف - تكون متوافرة وبالتالى يجوز الإختصام .Les conditions d'application de l'art. 555 sont remplies .

وهناك أحكام تنص على أن : المركز القانونى قد تطور بعد

---

(١) LANDRY et JUAILLARD: La technique des conclusions d'appel, Gaz. Pal. 1975, No. 13 et s.

صدور حكم أول درجة نظرا لأن السيدة قد تنازلت عن التركة الخاصة بزوجها [1]:

La situation ayant evolué depuis le jugement , puisque aussi bien dame (x) a renoncé à la succession de son mari .

وهناك أحكام أخرى تقبل اختصام الغير بهدف الحكم عليه أمام محكمة الإستئناف بهدف حسن الإدارة ، دون أن تهتم هذه الأحكام التحليل الدقيق لمسألة ما إذا كان النزاع قد تطور بالفعل أم لا بعد صدور حكم أول درجة . كل هذه الأحكام تظهر بوضوح تردد المحاكم وحيرتها بصدد التفسير الواجب اعطاؤه للمادة ٥٥٥ من قانون المرافعات الفرنسى الصادر سنة ١٩٧٥. ففى جانب الإتجاه الذى يعتنق تفسيرا موسعا لهذه المادة يمكن ابراز اعتبارات مختلفة تساعد على هذا التفسير ، مثال ذلك :

السرعة فى حسم المنازعات أمام محكمة الإستئناف ، ويمكن القول ايضا أن هذا التفسير الموسع يمكن أن يؤدى إلى إعادة تكوين عناصر النزاع بصورة متكاملة أمام محكمة الدرجة الثانية مما يساعد على اصدار حكم واحد منهى لجميع ذيول النزاع الذى كان مطروحا أمام أول درجة دون حاجة للعودة مرة ثانية أمام هذه الدرجة بطلب مبتدأ لتصفية ماقد يثور لأول مرة أمام محكمة الإستئناف من مسائل . وفى مواجهة هذه التبريرات التى تؤيد الإتجاه الموسع فى تفسير المادة ٥٥٥ مرافعات ، فى مواجهة ذلك يقوم العائق الأساسى والمستمد من قاعدة التقاضى على درجتين le double degré de juridiction والذى يحث على اعتناق تفسير مضيق لهذه المادة .

---

(١) LANDRY et JUAILLARD: La technique des conclusions d'appel, Gaw, Pal. 1975, No, 13 et s.

وبناء على ذلك يرى الأستاذ جيفـردون Giverdon أن المـادة ٥٥٥ آنفة الذكر إذا نظر اليها فى العمل هى والمادة ٥٦٤ من ذات القانون فإن ذلك سوف يؤدى إلى القـول بـأن القـانون الجديد قد أدخل تجديدا ذو نطاق هائل فى مجال قانون المرافعات . هذه المادة الأخيرة تنص على أن: " لايستطيع الخصوم تقديم ادعاءات جديدة أمام محكمة الإستئناف مالم تكن هذه الإدعاءات تتعلق بالمقاصة ، أو تهدف الى استبعاد الإدعاءات الخاصة بأحد الخصوم ، أو كانت تهدف الى الفصل فى المسائل المتولدة من اختصام الغير أو من تكشف واقعه " . والنص الفرنسى لهذه المادة يسير على النحو التالى :

" Les parties ne peuvent soumettre à la Cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers ou de la révélation d'un fait. (١)

٣٥٦ - ومن جهة أخرى ، فلكى نقدر على نحو منضبط التجديد الذى أدخل لأول مرة على قانون المرافعات الفرنسى بواسطة النصوص سالفة الذكر ، فقد ذهب بعض الفقه إلى أنه فى نطاق الحياة المتحركة للنزاع perspective dynamique du litige فإننا نجد أنفسنا أمام نزاع يتطور فى حلقات أو تسلسل une évalution en chaine . ففى نطاق المادة ٥٥٥ فإننا نبدأ بتحديد نقطة البداية لتطور النزاع ، ايا كان سبب هذا التطور ، فإذا ماتأكدنا من وجود هذا التطور ، فإن هذا يجعل اختصام الغير مقبولا لأول مرة أمام محكمة الإستئناف ، حتى بهدف

---

(١) GIVERDON : Questions de procédure civile, effect dévolutif. Gaz. Pal. 1974. 1. Doct. p. 28 et s.

الحكم على هذا الغير بشئ ما حسب ماسوف يقوم به طالب الإختصام من ادعاءات موجهة لهذا الغير . بل أكثر من هذا فإن هذه الإدعاءات الجديدة التى سوف توجه إلى الغير تكون فى ذاتها تطورا جديدا للنزاع (١). وبمعنى آخر فإن اختصام الغير بهدف الحكم عليه يخول لهذا الغير مكنة تقديم طلبات عارضة تتخذ شكل الدفاع . والواقع أن مبدأ احترام حقوق الدفاع يسمح لهذا الغير بإبداء مثل هذه الطلبات أمام محكمة الإستئناف . حيث يجد هذا الغير نفسه موجودا أمام هذه المحكمة بالرغم من أنه لم يظهر من قبل أمام أول درجة .

ويرى الأستاذ ميجه MIGUET أن هذه الطلبات الدفاعية سوف تشكل - داخل الإستمرار المتحرك للنزاع فى الإستئناف - عامل جديد من عوامل تطور النزاع (٢) .

والجمع بين المادتين ٥٥٥ و ٥٦٤ من قانون المرافعات حث الأستاذين Giverdon & Miguet على القول بأن هذين النصين من الجائز أن يكون هدفهما البعيد هو تكريس مبدأ جديد كل الجدة على المفاهيم الكلاسيكية لقانون المرافعات ، هذا المبدأ هو " مبدأ تحرك النزاع وعدم ثباته أمام محكمة الإستئناف " .

Ce pourrait être à la limite la consécration de la mutabilité libree du litige en appel. (٣)

ومن المعروف أن المبدأ السائد فى قانون المرافعات حتى الآن هو مبدأ ثبات النزاع immutabilité du litige .

---

(١) MIGUET, P. 242.

(٢) MIGUET, p. 242.

(٣) MIGUET. Loc. cit.

وهذا المبدأ يعنى بقاء عناصر الطلب القضائى بدون تغيير سواء أمام أول درجة أو أمام ثانى درجة ، وذلك حتى يستطيع قاضى ثانى درجة أن يحكم الرقابة على القضاء الصادر من محكمة أول درجة (١) .

فى كل هذا كنا نعرض بطريقة استقرائية لفكرة تطور النزاع أمام ثانى درجة ، والتى تفتح الباب إلى إمكانية طرح طلب جديد أمام محكمة الإستئناف بهدف اختصام الغير للحكم عليه بشئ ما ، وقد لاحظنا مدى الإنقسام الموجود بين الفقه والقضاء ، والبعض يعتنق لفكرة تطور النزاع مفهوما واسعا والبعض الأخر يرى فيه مفهوما ضيقا . وقد بينا فيما سبق الأسس التى يقوم عليها كل اعتبار من هذه الإعتبارات . وسوف نحاول فيما يلى بيان وجهة نظرنا فى هذا الشأن :

٣٥٧ -٢- تعريف فكرة تطور النزاع

إذا اردنا أن ندخل فى خصومة الإستئناف بعض المرونة فإن هذا يجب ألا يتضمن فى نفس الوقت ادخال الفوضى والتخبط فى خصومة الإستئناف ، والواقع أننا نخدع أنفسنا كثيرا إذا مااعتقدنا صحة ماقاله الأستاذ Miguet حين أكد أن من نتائج اعمال المادة ٥٥٥ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد ، أن الخصوم سوف يكون لهم الحرية شبه الكاملة quasi générale ، وبناء على هذه الحرية فهذه المادة يمكن أن تكون البداية فى تكريس مبدأ الحركة الحرة للنزاع أمام محكمة الإستئناف. وبالتالى تلاشى وإنزواء المبدأ التقليدى المعروف باسم مبدأ ثبات النزاع (٢)

وفى رأينا أن فكرة تطور النزاع يجب أن ينظر اليها من زوايا ثلاث :

---

(١) OMAR: Thèse précédente, p. 330 et s.

(٢) MIGUET, p. 242.

بمعنى أن المسائل التى تعرض على ذهن الفقيه بصدد تحديده لفكرة تطور النزاع فى قانون المرافعات يجب أن تكون محكومة بالأسئلة الثلاثة الآتية :

أولا : ماذا يعنى تطور النزاع ؟

ثانيا : ماهى الرابطة التى يجب أن توجد بين تطور النزاع واختصام الغير بهدف الحكم عليه ؟

ثالثا : فى أى لحظة يجب أن ينتج هذا التطور حتى يمكن بناء عليه اختصام الغير لأول مرة أمام محكمة الإستئناف (١) .

ونقوم الآن بالإجابة على هذه الأسئلة الثلاثة ، وبعد تمام هذه الإجابة سوف نجد تعريف فكرة تطور النزاع ينساب وحده وبطريقة أتوماتيكية من هذه الإجابات .

٣٥٨ – أولا : فيما يتعلق بمعنى تطور النزاع .

يجب أن نلاحظ منذ البداية أننا نهتم فى مقامنا هذا بتحديد معنى تطور النزاع فى المرحلة السابقة على اختصام الغير لأول مرة أمام محكمة الإستئناف .

والحكمة من هذه الملاحظة تكمن فى أنه يترتب على اختصام الغير بداية تطور جديد فى نزاع ثانى درجة . بعد هذا التحديد فإننا نقول أن ظاهرة تطور النزاع تلاحظ باستمرار ودون توقف sans cesseويظهر ذلك بصة خاصة فيما يتعلق بالمنازعات الخاصة بتشييد العقارات (٢) . هذا

---

(١) Cass. Civ. 6/6/1976. Gaz. pal. 1976. 6 et 8 juin 1976. p. 13.

(٢) Voir : L'intervention de maître Magnan sur le Rapport de M. le président Courteaud, in : Colloque d'Aix, 1963, pp. 50-51.

التطور يتخذ كأصل أو كأساس واقعة موجودة من قبل في النزاع الذى كان مطروحا على محكمة أول درجة . أى أن ، بمعنى آخر ، هذا التطور كان يوجد في حالة سكون dans l'état statique أو كان يوجد في حالة القوة الكامنة protentiel وذلك من خلال واقعة un fait كانت موجودة من قبل، من قبل الإستئناف ، أمام أول درجة .

Cette éfvolution prend pour base un fait déja existant même en germe devant le premier juge.

وإذا كان هذا الإتجاه يعتمد على واقعة سابقة الوجود أمام أول درجة لكى يرسى عليها التطور التالى للنزاع أمام محكمة الإستئناف . هذا التطور الذى يررخص لأحد خصوم الإستئناف تقديم طلب اختصام الغير . فإن الهدف البعيد لهذا الإتجاه هو ، على وجه التحديد ، جعل هذه الواقعة un fait تكون قد خضعت من قبل لأول فحص قضائى تم أمام قاضى أول درجة . وبمعنى آخر فإذا كان الغير المختصم أمام ثانى درجة قد أدخل خصومة الإستئناف جبرا عنه ، والتاللى يكون قد حرم من ضمانة الحضور أولا أمام محكمة أول درجة . فإن الواقعة le fait التى ينبنى عليها تطور النزاع l'évolution du litige والتى ترخص بالتالى اختصام الغير ، تكون هذه الواقعة قد خضعت لقضاء أول درجة [١] .

وبالتالى – وإزاء صراحة نص المادة ٥٥٥ مرافعات فرنسى – فإننا يمكننا القول بأن اغير المختصم أمام محكمة الإستئناف يوجد فى مركز قانونى متوازن un situation équilibrée هو قد حرم من ضمانة

---

(١) En ce sens: Perrot: Les effets d'Appel quant aux personnes.

- Paris 8/12/1975, Gaz, Pal. 14/4/1976, p. 13.

- Amiens : 16/10/1975, Gaz. pal. 9/4/1976. som. p. 14

Gaz. pal. 1974. p. 408.

أول درجة ، ولكن الواقعة التى ينبنى عليها الإختصام قد عرضت أمام أول درجة وهذه اللواقعة نفسها تطرح للمناقشة الحضورية مرة ثانية أمام ثانى درجة .

وحكمة نص المادة ٥٥٥ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد واضحة ، فمشرعى هذه المادة أرادوا أن يعقوا الخصوم من الرجوع إلى محكمة أول درجة لرفع دعوى جديدة على من يريدون - فى الواقع - اختصامه أمام ثانى درجة ، بمعنى آخر ، لو تصورنا أن نص المادة ٥٥٥ غير موجود ، وأراد الخصوم اختصام شخص من الغير أمام محكمة الإستئناف ، لما كان ذلك ممكنا ، وعلى ذلك فلا بد من الرجوع إلى أول درجة ورفع دعوى جديدة على هذا الشخص . نص المادة ٥٥٥ يرمى فى حقيقة الأمر الى إعمال مايسمى بمبدأ الإقتصاد فى الإجراءات . ويتم ذلك أمام محكمة الإستئناف بناء على وسائل فنية دقيقة المضمون ، صعبة الفهم والتحديد أحيانا كفكرة تطور النزاع .

ورغم وجاهة الحكمة التى يستند عليها نص المادة ٥٥٥ من قانون المرافعات الفرنسى ، فإن النقد الأساسى لهذه المادة يظل قائما ، ويتلخص هذا النقد فى أن الغير المختصم لأول مرة أمام محكمة الإستئناف سوف يحرم من ضمانة التقاضى على درجتين . لأنه يجد نفسه فجأة موجودا بلا مقدمات أمام ثانى درجة .

والواقع أننا سبق أن بينا الحماية التى يكفلها بعض الفقهاء لهذا الغير عن طريق اشتراط سبق وجود الواقعة التى ينص عليها تطور النزاع من قبل أمام محكمة أول درجة من جهة . ومن جهة أخرى أن الغير الخختصم سوف يكون له الحق فى مناقشة هذه الواقعة أمام محكمة الإستئناف وبالتالى يستطيع أن ينفى وجود أى تطور للنزاع يستطيع أن

يتمسك بعدم قبول الطلب الرامى إلى اختصامه .

وبالإضافة إلى ذلك فإن جمهور الشراح فى فرنسا - على عكس الحال فى مصر - يرون أن قاعدة التقاضى على درجتين لاتتعلق بالنظام العام [١] .

٣٥٩ - ثانيا : العلاقة أو الرابطة التى يجب توافرها أو قيامها بين تطور النزاع واختصام الغير أمام محكمة الإستئناف .

فى حكم حديث لمحكمة النقض الفرنسية ، قضت المحكمة بأنه لايوجد تطور فى النزاع من طبيعة تشكل اعتداء على قاعدة التقاضى على درجتين ، " نظرا لأن اختصام الغير لأول مرة أمام محكمة الإستئناف بهدف الحكم عليه يشكل فى ذاته خرقا لهذه القاعدة " ، مالم توجد علاقة وثيقة بين وجود هذا الغير فى خصومة الإستئناف وبين الحل النهائى للنزاع le dénouement définitif du litige .

وفى هذا الخصوص فإننا لانستطيع اغفال النظر عن التأثير influence الذى تباشره الرابطة الخاصة بالحق الموضوعى le droit substantiel على تطور النزاع ، وما تولده من ضرورة اختصام الغير بهدف الحكم عليه بشئ ما .

ولشرح وجهة النظر هذه فإننا نقول بأن رابطة الحق الموضوعى التى ينشأ النزاع المطروح على القضاء بسبب الخلاف عليها ، لاتتغيب لحظة واحدة عن المراكز الإجرائية التى يشغلها الأشخاص الذين كانوا ومازالوا أطرافا فى المراكز القانونية الموضوعية ، تلك امراكز السابقة على نشوء الخصومة القضائية .

---

(١) Paris 11/6/1975, Gaz. Pal. 1975-1-413.
Paris 17/4/1975, Gaz. Pal. 1975-2-442.

هذه الرابطة القانونية الموضوعية توجد فى حالة كامنة داخل المراكز الإجرائية . هذا السكون يبدأ بشكل جديد فى الحركة بعد صدور القرار القضائى . والذى يهمنا الآن هو ملاحظة أن النزاع القضائى ينصب أساسا على علاقة حق موضوعى ، هذا ملحوظ فى الغالبية العظمى من المنازعات ، وفى اثناء سير الإجراءات القضائية قد تنشأ الحاجة إلى اختصام شخص من الغير داخل خصومة الإستئناف . هذه الحاجة تجد أساسها فى رابطة الحق الموضوعى . بمعنى أن يكون هذا الغير طرفا فى رابطة الحق الموضوعى ، ولكنه لم يمثل أمام أول درجة ، أو على الأقل قد يكون هذا الغير على صلة ما برابطة الحق الموضوعى . وبناء على هذه الرابطة الموضوعية وصلتها بهذا الغير ، فقد يقتضى الأمر ضرورة اختصام هذا الغير لأول مرة أمام محكمة الإستئناف .

هذه الضرورة تنشأ – هى الأخرى – من وجود علاقة صلة وثيقة بين هذا الإختصام la mise en cause والحل النهائى للنزاع le dénouement définitif du litige .

رابطة الحق الموضوعى le lien de droit substantiel هى فى الواقع التى تؤدى إلى تطور النزاع لدرجة أن يصبح اختصام الغير بهدف الحكم عليه ضرورة ملحة .

٣٦٠ – ثالثا – اللحظة التى يجب أن يتحدد فيها بداية تطور النزاع .

هذه اللحظة يجب أن تتحدد بصورة مبتدأة – لأن النزاع يتطور باستمرار – قبل اختصام الغير بالفعل .

أما بعد هذا الإختصام فتبدأ مرحلة جديدة من مراحل تطور النزاع وبناء على كل هذه المقدمات فإننا نستطيع تحديد أو تعريف فكرة تطور

النزاع كالآتى :

تطور النزاع هو تغيير فى ملامح النزاع الأصلى ، هذا التغيير يستمر طالما كان النزاع قائما أمام المحكمة ، والمقصود بالنزاع هنا ، النزاع على طريق الطعن ، أى النزاع معروضا أمام محكمة الإستئناف بعد أن تم حسمه وبحكم صادر من أول درجة وتم الطعن فى هذا الحكم الإبتدائى بالإستئناف . هذا التطور يرتهن فى قيامه واستمراره بالعديد من العناصر التى تحدث تغيرا Métamorphose سواء فى الإجراءات أو فى رابطة الحق الموضوعى . هذا التغيير يؤدى بالتالى إلى ضرورة اختصام شخص من الغير أمام محكمة الإستئناف أمرا ضروريا لإمكانية حسم النزاع .

وننتقل الآن إلى دراسة التأثير الناتج من اختصام الغير أمام محكمة الإستئناف على موضوع الطلب القضائى المطروح أمام محكمة الدرجة الثانية .

ثالثا – " التأثير الذى يخضع له موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف والذى ينتج من اختصام الغير بهدف الحكم عليه أمام محكمة الدرجة الثانية " .

٣٦١ – لكى نبحث التحولات والتغيرات التى يخضع لها موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف ، والتى تنشأ من اختصام الغير بهدف الحكم عليه بشئ ما ، يجب أن يكون واضحا فى الأذهان أمرين :

الأمر الأول : أن المادة ٥٥٥ من قانون المرافعات يجب أن تفهم فى ضوء المادة ٥٦٤ من قانون المرافعات الفرنسى السابق الإشارة اليها لأن هاتين المادتين تؤثران تأثيرا هاما على موضوع الطلب القضائى أمام

محكمة الإستئناف .

الأمر الثـاني : أن هدف هذه الدراسة هو إبراز الحالات التي يؤدى ميكانزم الطعن بالإستئناف فيها إلى إحداث تغييرات أساسية في موضوع الطلب القضائي بحيث يمكن القول في بعض الحالات بأننا إزاء طلب جديد بموضوعه ، وجديد ، من قبل بسببه (١) .

هذه الجدة تصطدم بقاعدة تحريم ابداء الطلبات الجديدة لأول مرة أمام محكمة الإستئناف ، وهذه القاعدة تتولد من قاعدة احترام مبدأ التقاضي على درجتين الذى ينساب هو الآخر ، في بعض مظاهره من مبدأ ثبات النزاع .

هذه الدراسة ترمى من ناحية أخرى إلى التركيز المكثف على الحالات التي يمكن فيها القول بوجود " مايمكن تسميته بدكتاتورية محكمة الدرجة الثانية ، وذلك في الأحوال التي تصيب قاعدة التقاضي على درجتين فيها بعض الرخاوة بحيث تتلاشى محكمة أول درجة وتفسح المجال لتوسيع اختصاصات محكمة الدرجة الثانية . كل هذا سوف يتضح من خلال هذا البحث .

تنص المادة ٥٥٥ من قانون المرافعات الفرنسي على جواز اختصام الأشخاص السابق ذكرهم في المادة ٥٥٤ إذا اقتضى ذلك تطور النزاع أمام محكمة الدرجة الثانية ، وتنص هذه المادة الأخيرة على أنه

---

(١) OMAR : La cause de la demande en justice, p. 90.

OMAR : la cause de la demande een justice, Thèse Bordeaux, 1977. p. 400 et s.

راجع الترجمة العربية لهذه الرسالة تحت عنوان الطلب القضائي أمام محكمة الإستئناف . ١٩٧٨.

يجوز التدخل فى خصومة الإستئناف - التدخل الإختيارى - من جانب الأشخاص الذين تكون لهم مصلحة فى ذلك ولم يكونوا خصوما أو ممثلين فى خصومة أول درجة ولم يظهروا فيها بأية صفة . والنص الفرنسى يسير على النحو التالى :

" Peuvent intervenir en cause d'appel dès lors qu'elles y ont intérét les personnes qui n'ont été ni parties, no représentées en première instance ou qui y ont figuré en une autre qualité " .

٣٦٢ - ومن جهة اخرى تنص المادة ٥٦٤ على أن : " الخصوم لايستطيعون طرح ادعاءات جديدة أمام محكمة الإستئناف مالم تكن هذه الإدعاءات ترمى إلى إجراء المقاصة أو حث المحكمة على الفصل فى المسائل الناشئة عن تدخل شخص من الغير أو من اكتشاف واقعة " .

ويسير النص الفرنسى على النحو التالى :

'Les parties ne peuvent soumettre à la Cour de nouvelles préteentions si ce n'est pour opposeer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tier ou de la révélation d'un fait".

وحسب نص هذه المادة الأخيرة فإن تدخل الغير أو اختصامه لأول مرة أمام محكمة الإستئناف سوف يكون فرصة سانحة أمام هذه المحكمة لتقديم وظهور طلبات قضائية جديدة ، ويهمنا الآن دراسة آثار اختصام الغير أمام محكمة الإستئناف ، كواحد من الإستثناءات القانونية التى ترد على قاعدة تحريم ابداء الطلبات الجديدة فى الإستئناف . وقد سبق لنا دراسة فكرة تطور النزاع قبل حصول اختصام الغير .

ويهمنا الآن أن ندرس التغييرات التى تطرأ على موضوع الطلب

القضائى نتيجة لاختصام الغير بهدف الحكم عليه أمام محكمة الإستئناف .

نلاحظ فى المقام الأول ، أن اختصام الغير أمام محكمة الإستئناف يولد توسعا فى نطاق خصومة الدرجة الثانية من ناحية الأشخاص ، فالغير المختصم بمجرد اتخاذه إجراءا من إجراءات الخصومة يصبح طرفا فى هذه الأخيرة . هذا التوسع سوف يولد بدوره شبكة من العلاقات الإجرائية - وربما العلاقات الموضوعية - بين الأطراف الأصلية فى خصومة الإستئناف وبين الغير الذى تم اختصامه .

ونلاحظ من جهة أخرى أن اختصام الغير فى الإستئناف بواسطة المدعى عليه - أى بواسطة الشخص الذى يشارك مركز المدعى عليه - يؤدى إلى إتاحة الفرصة للمدعى - أى الشخص الذى يشغل مركز المدعى - لتقديم طلبات جديدة demandes nouvelles فى مواجهة المدعى عليه - خصمه الأصلى وأيضا فى مواجهة الغير المختصم . هذا فى الواقع مجرد تطبيق بسيط لمبدأ المواجهة le principe contradicoire ومبدأ احترام حقوق الدفاع le respect des droit de la défense (١) .

٣٦٣ - والحقيقة أن فى اختصام الغير بواسطة المدعى عليه ، مايؤدى إلى تحطيم الإطار الأولى الذى قامت بداخله خصومة الإستئناف ، وبناء على ذلك فلا يتصور حرمان المدعى من مناقشة ماقد يطرأ من ادعاءات جديدة يثيرها هذا الإختصام . والواقع أن السلوك الذى سوف يتبعه الغير المتدخل يرتهن بالعديد من العوامل التى لايمكن اخضاعها الى ضابط موحد . ومثال ذلك أن الغير قد يختصم فى خصومة الإستئناف لأول مرة ولأهداف متعددة . فقد يختصم الغير ، على سبيل المثال ،

---

(١) JUILLARD et LANDRY : La technique des conclusions d'appel, Gaz. pal. 1975. p. 18 et s.

لكي يكون ضامنا garant لما قد يحكم به ، أو جعل الحكم حجة عليه ، أو لتقديم ورقة تحت يده ، أو لتقديم معلومات بهدف الحصول منها على حجة أو وسيلة تؤيد طلبات أحد الخصوم ، كل هذا متصور كواحد من أهداف الإختصام الغير . وبناء على ذلك ولظروف من الصعب ضبطها ، قد يقوم هذا الغير باتخاذ سلوك عدوانى ضد واحد من الخصوم الأصليين فى خصومة الإستئناف . والخصم الذى فى مواجهته اتخذ هذا السلوك العدوانى attitude agressive لن يستسلم بطبيعة الحال وإنما سوف يقوم بالرد على هذا السلوك ، ووسيلة الرد على هذا السلوك هى تقديم طلبات قضائية جديدة أمام محكمة الإستئناف (١) .

هذه الطلبات الجديدة قد تصدر من أحد الخصوم ، كما قد تصدر من الغير . وهى مقبولة ، رغم حدتها ، الصراحة نص المادة ٥٦٤ من قانون المرافعات الفرنسى ، مما يشكل اهدارا لقاعدة التقاضى على درجتين . تطور النزاع يؤدى إذا ، عن طريق الوسائل الفنية التى نص عليها قانون المرافعات الى إحداث تغييرات اساسية فى موضوع الطلب القضائى لأول مرة أمام محكمة الإستئناف . نفس النتيجة نصل اليها ، وكما سوف نرى فيما بعد من اكتشاف واقعة révélation d'un fait هذه الواقعة سوف تكون بلا أدنى شك أساسا لطرح ادعاءات جديدة لأول مرة أمام محكمة الإستئناف ، وتكون هذه المحكمة ملزمة بالفصل فيها ، ولاتملك غير ذلك اعمالا لنص المادة ٥٦٤ من قانون المرافعات الفرنسى. كل هذه العوامل تؤدى إلى التأثير المباشر فى العناصر الموضوعية للطلب القضائى أى سبب الطلب القضائى وموضوعه .

les éléments objectifs de la demande en justice.

---

(١) JUILLARD et LANDRY, op. cit., Loc. cit.

٣٦٤ - ويهمنا الآن تحديد نطاق التغيير الذى يحدث فى موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف نتيجة لاختصام الغير بهدف الحكم عليه أمام هذه المحكمة بناء على طلب أحد الخصوم ، ولعله من المفيد فيها دراسة هذه المسألة أن تقدم التبرير العلمى لجواز هذا التعديل والتزام المحكمة بالفصل فيه رغم مخالفة كل هذا لقاعدة التقاضى على درجتين وقاعدة تحريم الطلبات الجديدة أمام محكمة الإستئناف المنصوص عليها فى صدر المادة ٥٦٤ من القانون الفرنسى التى تنص على :

" Les parties ne peuvent soumettre à la Cour de nouvelles prétentions..... ".

٣٦٥ - ويسير التبرير الذى يقدمه الفقه الفرنسى على النحو التالى :

" من المقرر منذ عدة سنوات أن الدعوى القضائية لها حياة متحركة le procès a une vie dynamique ، هذه الحياة النشطة لاتتوقف بصدور حكم أول درجة طالما كان قابل للطعن فيه .

ويرى بعض الفقه ذو الكلمة المسموعة فى فرنسا ، أو الوقت الحالى يختلف عما كان سائدا فى الزمان الماضى لحظة صدور مجموعات نابليون . فالدعوى القضائية لايمكن - الآن - النظر اليها هى والخصومة المتولدة عنها على اساس أنها وضع قانونى ثابت ، أى أنه لايمكن النظر الى هذه الأمور على اساس أن لها قدر من الثبات بحيث يمتنع ادخال تغييرات عليها immuabile فالواقع أن مبدأ اثبات النزاع l'immutabilité du litige أصبح مبدأ لايتمشى مع حاجات العصر الحديث ، فكل مايوجد فى الحياة الآن يتغير بشكل غير مألوف ، والدعوى القضائية ليست بأى حال ، بمنجى عن هذا التطور . وبناء

علـى ذلـك فـإن التحـولات la métamorphose التـى تتـم داخـل الـنزاع الخاص le contentieux privé تستمر بعد صدور حكم أول درجة . هذا التغيير يتم بينما هذا النزاع يكون قائما أمام محكمة ثانى درجـة أو محكمـة الطعن بصفة عامة (١) .

هذه التطورات واللتغييرات تجعل من الـلازم ومـن المرغـوب فيـه فى بعض الأحوال اختصـام أشـخاص من الغير لـم يظهـروا كـأطراف أو كممثليـن أمـام محكمـة أول درجـة وينتـج مـن هـذا أن تطـور الـنزاع l'evolution du litige يكون فى الواقع الأساس الذى ينبنى عليه خـرق قاعدة التقاضى على درجتين . وخـرق التحريـم المنصـوص عليه بصـدد تقديم طلبات جديدة لأول مرة أمام محكمة الإستئناف . وبمعنـى آخـر فإننـا يمكننـا القـول بـأن فكـرة تطـور الـنزاع تكـون هــى الأسـاس فيمـا يتعلـق بالتعديلات والتغيير الذى يصيـب موضـوع الطلـب القضـائى أمـام محكمـة الإستئناف . ومن جهة أخرى فقد سبق القول أن فكرة تطـور النزاع ذاتهـا هـى التـى تشـكل أساس رخصـة اختصـام الغير لأول مـرة أمـام محكمـة الإستئناف . وفكرة تطور الـنزاع بالإضافـة الـى ماسـبق ، تشـكل الحـدود التى يتم فيها هذه المتغيرات .

٣٦٦ - وقد سبق لنا الإشارة إلى الدور الذى تلعبه رابطـة الحـق الموضوعى ، التى توجد خلف جميع المراكز الإجرائية ، بصـدد فكـرة

---

(١) PERROT: Les effets de l'Appel quant aux personnes, Gaz. Pal. 1974, 408 et s.

PERROT, op. cit., Loc. cit.

Voir : L'étude Magistrale de M.J. Hauser sur : L'influence du temps sur l'acte juridique, in : Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique. Thèse, Paris, 1969, p. 80.

تطور النزاع ، والأمثلة التى يمكن ضربها للتدليل على الدور الذى تلعبه رابطة الحق الموضوعى le lien de droit substantiel فى تطور النزاع ، وبالتالى مايؤدى اليه هذا التطور من إمكانية اختصام الغير بهدف الحكم عليه تظهر فى حالات العلاقة التى توجد بين المؤمن عليهم وشركات التأمين garantis et garants وفى أحوال المسئولية حين يتعدد أصحاب الحق فى التعويض أو من احداث الضرر . فى كل هذه الأحوال تستطيع رابطة الحق الموضوعى أن تؤثر على المراكز الإجرائية فتؤدى إلى ايجاد نوع من تطور النزاع تجول لدى المصلحة تقديم طلب بهدف اختصام الغير للحكم عليه بشئ ما لأول مرة أمام محكمة الإستئناف .

نلاحظ من كل هذه المقدمات مدى تعقيد النزاع الخاص le contentieux privé ولكن هذا التعقيد لايخلو من النظام والدقة . وفيما سبق نستطيع أن نلمح مدى التأثير المتبادل بين القاعدة القانونية الموضوعية ، مصدر الحق ومنظمه فى المقام الأول ، والقاعدة القانونية الإجرائية .

ونستخلص فى نفس الوقت مدى ما يترتب على آثار القاعدة اقانونية الموضوعية من آثار إجرائية تؤدى بدورها إلى توليد آثار موضوعية كما سوف يتضح من البحث التالى .

وإذا عدنا مرة ثانية ، بعد تقديم مبررات اختصام الغير بهدف الحكم عليه فى الإستئناف ، لنبحث نطاق التغييرات التى تطرأ على موضوع الطلب القضائى نتيجة وجود شخص غريب تم جذبه الى خصومة الإستئناف لأول مرة ، فإننا نستطيع القول أن هذا الموضوع لايثير صعوبات كثيرة ، فالطلبات التى قد يطرحها الغير أو الخصوم فى خصومة الإستئناف هى طلبات جديدة ترخص بتقديمها أمام الدرجة الثانية

المادة ٥٦٤ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد .

ومظهر هذه الجدة كما يراها البعض أن المتدخل - على الأقل - يستطيع طرح طلبات جديدة بسببها وبموضوعها مادام هذا الطلب الجديد يكون متصلا بالطلب الأصلى برباط وثيق ، وتستطيع أن تظهر جدة هذا الطلب حين نكشف أنه لايؤثر من قريب أو بعيد على الطلب الأصلى (١).

٣٦٧ - وإذا كنا نرى مع الفقه الحديث فى فرنسا أن أعمال نصوص المادتين ٥٥٥ و ٥٦٤ من القانون الفرنسى الجديد ، سوف يؤدى إلى طرح طلبات جديدة تماما ، لأول مرة أمام محكمة الإستئناف . فإننا مع هذا نكتشف دقة وخطورة التفسير الذى يجب أن يعطى للشرط الأساسى الذى وضعته المادة ٥٦٤ لقبول مثل هذه الطلبات . هذا الشرط يتطلب أن تكون الطلبات الجديدة فى مقامنا هذا متولدة من اختصام الغير :

la nécessité que ces demandes soient nes de l'intervention d'un tiers.

وإذا مالاحظنا من جهة أخرى أن تدخل الغير بمعناه الواسع لن يكون جائزا إلا إذا تطور النزاع ، لأمكن القول أن المشرع الفرنسى يربط بين أمرين ، يعتبرا شرطين لقبول الطلبات الجديدة لأول مرة أمام محكمة الإستئناف : تطور النزاع وتولد الطلبات من اختصام الغير .

خطورة ودقة هذه الضوابط تكمن كما سبق البيان فى صعوبة تحديد مفهوم متفق عليه لفكرة تطور النزاع من جهة ، وكما سبق لنا الإشارة اليه ، وصعوبة تحديد متى يعد الطلب متولدا من اختصام الغير من جهة أخرى ، وهذه الأمور لاتعتبر مسألة واقع تترك لاجتهاد القضاء، وإنما تعتبر مسألة قانون تخضع لإشراف محكمة النقض ، بمعنى أن

---

(١) MIGUET, p. 237.

استخلاص وقائع تطور النزاع يخضع لسلطة القاضى التقديرية ، أما القول بأنه فى هذه الحالة يمكن وصف المركز القانونى المتولد عنها بأنه تطور للنزاع أو بأنه لايعد تطور للنزاع ، فإن مثل هذا الوصف هو تكييف قانونى يخضع لرقابة محكمة النقض (١) .

والملاحظ حتى الآن أن قضاء محكمة النقض يميل الى التفسير المضيق للمادة ٥٥٥ من قانون المرافعات الفرنسى .

الفرع الثانى

اختصام الغير بناء على أمر صادر من قاضى الإستئناف فى القانون المصرى الصادر سنة ١٩٦٨

٣٦٨ - اختصام الغير بواسطة قاضى الإستئناف بهدف الحكم على هذا الغير بشئ ما لايوجد فى القانون المصرى . وتنص المادة ٢٣٦ من هذا القانون على أنه " لايجوز فى الإستئناف ادخال من لم يكن خصما فى الدعوى الصادر فيها الحكم المستأنف مالم ينص القانون على غير ذلك. ولايجوز التدخل الأ ممن يطلب الإنضمام الى أحد الخصوم " .

وفى نفس هذا المجال تنص المادة ١١٨ من قانون المرافعات المصرى على أنه " للمحكمة ولو من تقاء نفسها أن تأمر بإدخال من ترى ادخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة .

وتعين المحكمة ميعادا لايجاوز ثلاثة اسابيع لحضور من تأمر بإدخاله ومن يقوم من الخصوم بإدخاله ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة

---

(١) Chambre Mixte de la Cour de Cassation, le 16/1/1976. Gaz. pal. 1976, panorama. 11/3/1976.
Amiens 16/10/1975, Gaz. pal. 9 et 10.

لرفع الدعوى ، ويرى بعض الفقه فى مصر أن أعمال هذه المادة يجب أن يتنوع بحسب ماإذا كان النزاع مطروحا أمام أول درجة ، أو أمام ثانى درجة . فمن جهة يجوز اعمال هذه المادة أمام أول درجة بدون أدنى تحفظ ، ومعنى هذا أنه يجوز لقاضى أول درجة أن يقوم من تلقاء نفسه باختصام شخص من الغير لإظهار الحقيقة أو لمصلحة العدالة . أما – من جهة أخرى – أمام محكمة الإستئناف ، فإن هذا الفقه نفسه يرى أنه يجب التمييز بين مصلحة العدالة ، وحالة إظهار الحقيقة ، فيرى أن قاضى الإستئناف يستطيع ، من تلقاء نفسه اختصام الغير أمام محكمة الإستئناف إذا اقتضى ذلك اظهار الحقيقة (١) .

أما فى الحالة الثانية ، أى إذا اقتضت مصلحة العدالة اختصام الغير ، فمع ذلك يمتنع على قاضى الإستئناف القيام بهذا الإختصام ، وحجة هذا الرأى هى أن قاعدة التقاضى على درجتين تمنع مثل هذا الإختصام نظرا لأن الغير سوف يفقد ضمانة الدرجة الأولى . بالإضافة إلى أن قاعدة التقاضى على درجتين فى مصر تعتبر متعلقة بالنظام العام . والواقع أن هذا التبرير فى اعتقادنا لهو تبرير ضعيف . فحسب هذا الرأى نستطيع أن نقول أن مصلحة العدالة لاترقى إلى فكرة اظهار الحقيقة من ناحية جواز خرق ومخالفة قاعدة التقاضى على درجتين . والواقع عكس ذلك فالأمرين هما من طبيعة واحدة ، ويؤديان معا إلى خرق قاعدة التقاضى على درجتين بالنسبة للشخص الذى يتم اختصامه وبالنسبة لأطراف الخصومة الأصليين . فالمتدخل يحرم من أول درجة ويجد نفسه فجأة أمام ثانى درجة . أما الأطراف فهم أيضا – وبفعل صادر من القاضى – يحرمون من مناقشة هذا الغير أمام أول درجة . وبالتالى يكون

---

(١) أبو الوفا . المرافعات . ص ٢٠٠ وما بعدها .

القاضى باختصامه الغير قد خرق فعلا قاعدة التقاضى على درجتين . ومع هذا فالمبرر الذى حدا بالمشرع إلى صياغة نص المادة ١١٨ من قانون المرافعات وهو مصلحة العدالة أو إظهار الحقيقة يعلو فى الأهمية فى حقيقة الأمر ، على قاعدة التقاضى على درجتين لهذا أجاز المشرع هذا الإستثناء وسمح للقاضى بإجراء هذا الإختصام من تلقاء نفسه . وبالنظر لنص المادة ١١٨ نجد أن النص قد ورد بصفة عامة ، فهو لم يحدد محكمة معينة ، وبالتالى لايجوز تخصيصه بغير مخصص . بل أن الإعتبارات التى أدت إلى هذا النص لهى اعتبارات تسمو على الإحترام الواجب لقاعدة التقاضى على درجتين ذاتها . وبالتالى فإننا نرى جواز اعمال هذا النص أمام جميع درجات القضاء .

وننتقل الآن إلى دراسة الإستئناف المثار بواسطة الإستئناف الأصلى .

المطلب الثالث

الإستئناف المثار بواسطة الإستئناف الأصلى وأثره على موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف

٣٦٩ - سوف نتولى هنا دراسة الإستئناف المثار بواسطة الإستئناف الأصلى من زاوية مدى تأثير هذا النوعت من أنواع الإستئناف الذى لايعرفه القانون المصرى ، وهو موجود فى فرنسا ، على موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف ، وسوف نحاول أيضا أن نحدد على وجه دقيق النطاق الذى يحدث فيه هذا التأثير على موضوع الطلب القضائى .

واختيارنا لموضوع الإستئناف المثار بالإستئناف الأصلى ثم

تحديده على أساس أن النزاع أمام محكمة الإستئناف يتقدم ويتطور بين ذات الأشخاص السابق ظهورهم أمام محكمة أول درجة .

هذا البحث يمكننا من كشف التداخل الذى يمكن أن يوجد بين مختلف أنواع الإستئناف التابع للإستئناف الأصلى ، هذا الكشف يساعدنا من جهة أخرى على ضبط الوسيلة أو الوسائل الذى يؤثر بها هذا الإستئناف التابع على موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف .

وعلى هذا فسوف نبدأ بدراسة تحليلية لفكرة الإستئناف المثار بواسطة الإستئناف الأصلى وذلك فى فرع أول .

ثم ندرس بعد هذا الروابط التى توجد بين الإستئناف المثار والإستئناف الفرعى والإستئناف المرفوع من مستأنف عليه على مستأنف عليه آخر وذلك فى فرع ثانى .

ونحاول أثناء ذلك ابراز التأثيرات والتحولات التى يخضع لها موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف نتيجة لاستعمال هذه الأدوات الإجرائية الفنية التى توجد داخل النظام القانونى للإستئناف .

الفرع الأول

التحليل الفنى للإستئناف المثار بواسطة الإستئناف الأصلى

٣٧٠ - هذا الإستئناف يوجد فى فرنسا كما سبق القول ، وهو غير معروف فى مصر ، وإن كان لايوجد مايمنع من الأخذ به .

وضرورة هذا النوع من أنواع الإستئناف لم تظهر فى فرنسا إلا منذ صدور القرار بقانون فى ٣٠ اكتوبر سنة ١٩٣٥ الذى الغى العمل بقاعدة أن الشخص لايسقط حقه فى اتخاذ الإجراءات بعمل صادر منه :

فحتى هذا التاريخ كان الإستئناف الأصلى nul ne se forclôt soi-même جائزا رفعه إلى أجل غير محدود[1] ، حيث كان الميعاد فى مثل هذه الأحوال لايبدأ إلا من تاريخ اعلان حكم أول درجة ، وإعادة الإعلان من الشخص الذى تم اعلانه إلى الشخص الذى قام بأول إعلان .

وبمجرد زوال قاعدة أن الشخص لايسقط حقه فى اتخاذ الإجراء بعمل يقوم هو به ، أصبح ميعاد الطعن بالإستئناف يجرى فى حق من قام بالإعلان الأول ، فإن خطر فوات الميعاد أصبح قائما .

وصورة هذه الحالة أن يكون ميعاد الطعن محدد بتمام الإعلان ، فكان لابد من اعلان الحكم إلى المحكوم عليه ، ثم قيام هذا الأخير بإعلان المعلن بأنه تسلم الإعلان ومن هذا التاريخ يبدأ ميعاد الطعن . هذه كانت القاعدة (التقليدية) بزوال هذه القاعدة يكفى إذا اعلان واحد حتى يجرى الميعاد فى مواجهة المعلن والمعلن اليه دون حاجة لاعادة اعلان من جانب هذا الأخير ومن هنا يظهر خطر انقضاء ميعاد الإستئناف وبالتالى سقوط حق المعلن فى رفع استئناف ، نظرا لمسلك الطرف الذى

---

(١) PERROT: Appeel provoqué par l'appel principal, colloque aix, en provence, 1963, p. 93 et s.

MOREL : Traité élémeentaire de procédure civile. 10 ème éd. 1949, p. 797.

HEBRAUD : Commentaire de la loi du 23 mai 1942.D.C. 1943. L., 2, col. 3.

GUILLARD et MEURISSE: Les limites de l'appeel incident. J.C.P. 1954. I. 1191.

H. VIZIOZ : La Réforme de l'appel, commentaire de la loi du 23 mai 1942. J.C.P. 1942.1.307.

H. SINAY : Note sous cass. com. 13/2/1957. J.C.P. 1957.

تم اعلانه والذى انخدع فيه المعلن . فقد يسكت المعلن اليه مدة طويلة عن افصاح إرادته فى اتخاذ اجراء ما ، حتى يعتقد المعلن أنه قبل حكم أول درجة ، ثم فجأة يقوم هذا الشخص برفع استئناف أصلى فى آخر يوم للميعاد ، هنا يخاطر من قام بالإعلان بضياع فرصته فى رفع استئناف أصلى مقابل ، والواقع أن فى هذا الفرض يكون للمستأنف عليه الحق فى رفع استئناف فرعى إذا توافرت شروطه .

٣٧١ – ولكن الوضع يزداد تعقيدا إذا كان أمامنا المثال التالى :

إذا حكم على دائن فى أول درجة لصالح مدينه وضامن هذا المدين، ثم قام الدائن برفع الإستئناف فقط على المدين . هنا نجد أن الضامن لهذا المدين يخاطر بأن يجد نفسه خارج ميعاد الإستئناف لكى يرفع استئنافا أصليا . ومن جهة أخرى فهو لايستطيع أن يرفع استئنافا فرعيا لأنه ليس مستأنف عليه . وبالتالى فيجوز لمثل هذا الضامن رفع استئناف مثار . ولمواجهة مثل هذه الأحوال فقط قام المشرع سنة ١٩٣٥ بخلق وسيلة فنية استعواضية لإلغاء قاعدة أن الشخص لايسقط حقه باتخاذ إجراء معين وسميت هذه الوسيلة بالإستئناف الإحتمالى eventuel والتى تغير اسمها سنة ١٩٤٢ الى الإستئناف المثار بواسطة الإستئناف الأصلى.

فالإستئناف المثار يواجه الفرض الذى يوجد فيه ثلاث أشخاص مستأنف ومستأنف عليه ، وشخص ثالث كان خصما فى حكم أول درجة ولكن لم يرفع عليه استئناف أصلى ، ثم فات الميعاد بالنسبة لهذا الشخص الثالث ، فهو لايستطيع رفع استئناف فرعى لأنه ليس مستأنف عليه ولكنه صاحب مصلحة أكيده فى وجوده داخل خصومة الإستئناف . أوجد المشرع لمثل هذا الشخص وسيلة فنية تمكنه من الظهور فى خصومة

الإستئناف عن طريق الإستئناف المثار بواسطة الإستئناف الأصلى [(١)] .

وتنص المادة ٥٤٩ من قانون المرافعات الصادر سنة ١٩٧٦ على أن " الإستئناف الفرعى l'appeel incideent يمكن أن يرفع بناء على رفع استئناف أصلى أو استئناف فرعي يثيره le provoque qui من أى شخص غير مستأنف عليه كان طرفا فى خصومة أول درجة " ayant été partiee en première instance " .

ولايوجد نص مشابه لنص المادة ٥٤٩ من القانون الفرنسى فى مصر . وسوف نعود إلى التعليق على هذه المادة فيما بعد .

وهو لايستطيع اللجوء إلى الوسيلة الفنية المعروفة باسم التدخل سواء الإختيارى volontaire intervention أو الإجبارى intervention forcée ، وتبرير ذلك سهل ، فالضامن لايعتبر من الغير . فهو قد سبق ظهوره فى أول درجة .

٣٧٢ - ومن هنا ولحماية مثل هذا الشخص ظهرت الحاجة إلى ايجاد وسيلة الإستئناف المثار لحماية من يكون فى مثل مركز هذا الضامن. فإلغاء قاعدة أن الشخص لايسقط حقه بعمل صادر منه هى التى أدت إلى إيجاد الإستئناف المثار .

فمعنى الغاء هذه القاعدة هى أن الشخص يسقط حقه بعمل صادر منه . والعمل قد يكون ايجابى أو سلبى . والعمل السلبى الذى صدر من الضامن هو أنه لم يبادر برفع استئناف أصلى بمجرد علمه برفع استئناف الدائن ، فهنا سقط حقه فى رفع هذا الإستئناف الأصلى ، وأوجد المشرع حماية له وسيلة الإستئناف المثار .

---

(١) Civ. 2em. 3/5/1974. Bull. civ. II. p. 127.
Civ. 2em. 14/2/1974. Bull. civ. II. p. 51.

وبحثا عن اساس نظرى لهذا النوع من أنواع الإستئناف ، فقد ذهب بعض الفقه في فرنسا إلى القول بأن هذا الإستئناف المثار يشابه ميكانيزم التدخل أكثر من مشابهته لميكانيزم الإستئناف بالمعنى الدقيق (١).

فهذا الإستئناف المثار هو تدخل بالنظر الى هدفه . وهو فى ذات الوقت استئناف بالنظر الى إطاره الفنى . وكل الجدة فى مثل هذا النوع من الإستئناف المثار تكمن فى الجمع بين هذين المظهرين .

فالمشرع الفرنسى حين أدخل هذا النوع من أنواع الإستئناف لم يكن فى استطاعته استخدام تكنيك التدخل . فقضية الإستئناف تستمر بين نفس أشخاص أول درجة .

ومن جهة أخرى فإن الفقه السابق الإشارة اليه يميل إلى القول بأن خصومة الإستئناف هى خصومة جديدة ومتميزة عن خصومة أول درجة . وينتج من هذا - حسب هذا الفقه - أن الأشخاص السابق ظهورهم أمام أول درجة والذين لم يرفعوا استئنافا اصليا ، والذين لايمكن اعتبارهم مستأنفا عليهم ، وبالتالى لايستطيعون رفع استئناف فرعى . هؤلاء الأشخاص ، حسب هذا الفقه يمكن اعتبارهم من الغير Tiers بصدد خصومة الإستئناف .

وبالتالى وبناء على هذه المقدمات فإن هؤلاء الأشخاص يكون لهم الحق فى التدخل الإختيارى فى خصومة الإستئناف (٢) . ومن هنا يظهر انتماء هذا الإستئناف المثار إلى تكنيك التدخل السابق الإشارة اليه .

---

(١) PERROT, op. cit., Doc. cit.

(٢) PERROT, op. cit., Loc. cit.

BOURGER, 6/12/1949, J.C.P., 1950. II.5479.

R.T.D.C., 1950, p. 293.

==

ومن جانبنا ، فإننا نلاحظ أنه إذا أمكن اعتبار خصومة الإستئناف خصومة جديدة حقا من وجهة النظر الشكلية بالنظر إلى خصومة أول درجة ، فإن الأمر يختلف إذا نظرنا إلى جوهر خصومة الإستئناف .

فخصومة الإستئناف حسب آراء الفقه ذى الكلمة المسموعة هى عبارة عن مجرد استمرار la continuation لخصومة أول درجة [١] .

ولذا فإننا نقرر أننا لانستطيع أن نفهم وجهة النظر التى يراها هذا الفقه . فكيف يمكن عن طريق هذه الوسيلة المصطنعة والتى تستمد من أن خصومة الإستئناف هى خصومة جديدة بالنظر إلى خصومة أول درجة، نستمد من ذلك حجة على أن الخصوم الذين ظهروا أمام أول درجة، ولم يظهروا أمام ثانى درجة يعتبرون من الغير بالنسبة لخصومة الإستئناف وبناء على هذه الصفة الأخيرة يستطيعون التدخل الإختيارى ، ولهذا فقد قلنا أننا نؤيد ماذهب اليه الأستاذ Perrot من أن الإستئناف المثار يتميز تماما عن التدخل الإجبارى ، ويحتفظ دائما بفائدته الخاصة كفكرة مستقلة une notion autonome [٢] .

والواقع أن الإستئناف المثار يرفع دائما من أشخاص كانوا خصوما أمام محكمة أول درجة ، وفى هذا الصدد يختلف الإستئناف المثار عن التدخل . فالتدخل هو رخصة مخولة للغير ايا كانت صورة هذا التدخل .

== RAYNAUD, op. cit.

MONTPELLIER, (8/11/1949. J.C.P. 11. 1950, 5519).

ROUEN, 6/2/1950. S. 1950-2-138.

(١) HEBRAUD, son rapport, in : Colloque d'Aix, précitée.

(٢) Paris, 25/5/1970, Gaz. de pal. 1970.II.193.

PERROT, op. cit., Loc. cit.

وأيا ماكان الأمر فإن الإستئناف المثار هو وسيلة فنية تم تصورها وتشييدها لكى تساهم فى إعادة تكوين اشخاص قضية أول درجة أمام محكمة الإستئناف لاعتبارات متعددة سبقت الإشارة اليها . وإذا كان هذا الإستئناف يتشابه من زاوية أو أخرى ، فيما يتعلق بغايته sa finalité مع نظم إجرائية أخرى فإن هذا التشابه لايتضمن بالضرورة أن يكون هذا الإستئناف مجرد صورة من صور هذه النظم القانونية .

الفرع الثانى

الروابط التى توجد بين الإستئناف المثار والإستئناف الفرعى واستئناف المستأنف عليه على مستأنف عليه آخر والإستئناف الأصلى

٣٧٣ - نستعرض فى هذا المقام مظاهر الشبه وأوجه الخلاف التى توجد بين الإستئناف المثار وغيره من أنواع الإستئناف التابع للإستئناف الأصلي ، ثم نستعرض بعد هذا الروابط التى توجد كامنة بين الإستئناف المثار والإستئناف الأصلي .

والواقع أن هدفنا النهائى من هذا البحث هو تحديد النطاق الذى تؤثر فى دائرته هذه الأنواع المختلفة من الإستئناف على موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف .

ففيما يتعلق أولا بالمركز القانونى للإستئناف المثار بالنظر إلى الإستئناف الفرعى بمعناه التقليدى l'Appel incident ، فإننا نستطيع القول بأن الإستئناف المثار الذى كانت تنظمه المادة ٤٤٥ من القانون الفرنسى الصادر سنة ١٩٤٩ كان مجرد تطبيق للفكرة التقليدية عن هذا الإستئناف .

أما المـادة ٥٤٩ مـن قـانون المرافعـات الفرنسـى الصـادر سـنة ١٩٧٦، فإنها تبذر بذور الشك والخلط فيما يتعلق بـالتمييز بيـن الإسـتئناف الفرعى incident والإستئناف المثار provoqué . فالمـادة ٤٤٥ (نـص سنة ١٩٤٩) كانت تذهب إلى أن كـل اسـتئناف مثـار بواسـطة الإسـتئناف الأصلى يكون مقبولا فى اية حالة تكون عليهـا الدعـوى . ومـع هـذا فإنـه لايجوز أن يترتب على رفع الإستئناف المثار تأخير الفصل فى الإسـتئناف الأصلى .

بينمـا المـادة ٥٤٩ مـن قـانون المرافعـات الفرنسـى الجديـد تغـض النظـر عـن التفرقـة التـى كـان مـن الواجـب أن تكـون واضحـة تمامـا بيـن الإستئناف المثار والإستئناف الفرعى .

فهذه المادة الأخيرة تنص علـى أن " الإسـتئناف الفرعـى يمكـن أن يرفع بناء على الإستئناف الأصلى أو الفرعى الذى اثاره ، من أى شخص حتى ولو لـم يكـن مسـتأنفا عليـه ، مـادام هـذا الشـخص كـان طررفـا فـى خصومة أول درجة " . والنص الفرنسى يسير على هذا النحو :

" L’Appel incident peut également emaner , sur l’Appel principal ou incident qui le provoque, et toute personne, même non intimée, ayant été partie en première instance “.

٣٧٤ - فالمشرع هنا يحيطنا بحلقة فاسدة un circle vicieux فهذه المادة تقصد فى الواقع الإستئناف المثار l’Appel provoqué لكـن فى استخدامها للمصطلـح الفنـى " الإسـتئناف الفرعـى " un lapsus فإننـا يجـب أن نفهـم هـذا الإسـتخدام علـى أنـه خطـأ مـادى تشـريعى l'Appel incident .

فمن المعروف أن الشخص الذى لايكون فى مركز المستأنف عليـه لايكون فى استطاعته أن يلجأ إلى الوسيلة الفنية للإستئناف الفرعى .

وإذا رجعنا إلى الأصول الفنية التى بناء عليها وجد الإستئناف المثار لأمكننا القول بسهولة أن هذه الأداة الفنية لم توجد اصلا إلا لمواجهة مركز الشخص غير المستأنف عليه la partie non-intimé (١) .

ويبدو لنا من الملائم ادخال تعديل تشريعى على نص المادة ٥٤٩ حتى يستبدل بعبارة " الإستئناف الفرعى Appel incident" عبارة "الإستئناف المثار l'Appel provoqué " .

وأيا ماكان الأمر فإن هذه المادة يجب أن تفسر وأن تطبق أخذا فى الإعتبار المواد ٥٤٨ ، ٥٥٠ ، ٥٥١ من قانون المرافعات الفرنسى .

وفى الحقيقة فإن المادة ٥٤٩ تظهر أن نطاق تطبيقها ليس قاصرا فقط على الشخص الذى لايكون مستأنفا عليه ، وكان مع ذلك طرفا فى خصومة أول درجة ، والذى له بناء على ذلك امكانية استخدام الإستئناف المثار وحده ، بل أن هذه المادة يمكن يستفيد فيها ايضا المستأنف عليه l'intimé نفسه (٢) .

مثال ذلك الدعوى التى ترفع أمام أول درجة من أرملة عامل وتطالب فيها رب العمل وشركة التأمين بتعويض عن وفاة زوجها . فيحكم على شركة التأمين . وفى الإستئناف المرفوع من هذه الأخيرة على الأرملة ، ترفع هذه الأخيرة (وهى مستأنف عليها) استئنافا مثارا بهدف

---

(١) Voir : Miguet, Immutabilité et évolution du litige, Thèse Toulouse. 1975, p. 550 et s.

L'auteur souligne, seulement, l'imprécision de la terminologie.

MOREL, op. cit., p. 497.

(٢) HEBRAUD, D.C. 1943, Leg. p. 3, Col. I.

RAYNAUD. Obs. à la R.T.D.C. 1950, p. 239.

Grénoble, 12/12/1951, J.C.P., 1952. IV. 4d. AV., No. 1838.

طلب رب العمل أمام محكمة الإستئناف لسماع طلباتها فى مواجهته . فهنا الإستئناف المثار وقع من مستأنف عليه على شخص سبق تمثيله أمام أول درجة ولم يظهر خصومة الإستئناف [1] .

والمقارنة بين الإستئناف المثار من جهة والإستئناف الفرعى من جهة أخرى تعطينا الكثير من المعلومات الهامة . فيلاحظ أولا أن هاتين الوسيلتين الفنيتين تملكان معا نقطة بداية واحدة : توسيع نطاق الأثر الناقل للإستئناف l'élargissement de l'effet dévolutif de l'Appel .

٣٧٥ - ومع هذا فإن هذا الإزدهار للأثر الناقل للإستئناف يختلف فى حالة ما إذا كنا إزاء استخدام الإستئناف المثار بواسطة الإستئناف الأصلى ، أو كنا ، على العكس ، فى نطاق استخدام الإستئناف الفرعى .

فالإستئناف المثار يساهم بكل تأكيد فى توسيع الأثر الناقل للإستئناف بالنسبة للأشخاص فهو الوسيلة التى عن طريقها يستطيع الشخص الذى ظهر أمام أول درجة أن ينضم إلى قابلة الإستئناف برغم أنه لايعد مستأنفا عليه . هذا الوجود ، فى رحاب محكمة الإستئناف ، سوف يكون مناسبة مواتية لإعادة تكوين القضية بالنسبة لأشخاصها أمام محكمة الإستئناف ، وإعادة التكوين من هذه الزاوية سوف يؤدى بالضرورة إلى إعادة تكوين موضوع الطلب القضائى مرة ثانية أمام محكمة الإستئناف .

وهنا على وجه التحديد يكمن الإختلاف الجوهرى ، فى رأينا ، بين الإستئناف المثار والإستئناف الفرعى incideent . فهذا الأخير لـــه

---

(١) Civ. 2ème, 3/5/1974, Bull. II, P. 127.

بصفة أساسية أثرا ناقلا ، يؤدى الى توسيع الأثر الناقل الذى أحدثه من قبل الإستئناف الأصلى . مظهر التوسع فى خصوص الإستئناف الفرعى ينصب على موضوع الطلب القضائى ذاته ، وليس عتلى عنصر الأشخاص فى هذا الطلب . فالأشخاص لم يحدث لهم أية اضافة جديدة . بل الإضافة انصبت فقط على الموضوع .

٣٧٦ - ويمكن القول إذا أن الإستئناف الفرعى يفترض أن المستأنف عليه قد خسر فى أول درجة . أما الإستئناف المثار فإنه على العكس لايفترض أن المستأنف قد تحمل اية خسارة أمام أول درجة ، فمن الجائز جدا أن يكون قد كسب دعواه أمام اول درجة ورغم هذا وبناء على المصلحة الإحتمالية يكون له أن يحمى هذا المكسب بوسيلة الإستئناف المثار[1] . ومن هذه المقترحات يظهر لنا أوجه الإختلاف وأوجه الشبه بين الإستئناف الفرعى والإستئناف المثار بواسطة الإستئناف الأصلى .

والفقه والقضاء الحديث يذهب إلى القول بهذا المعنى ، أما الشخص الذى حصل على كامل اشباع الحقوق أمام أول درجة يستطيع الإلتجاء إلى وسيلة الإستئناف المثار بهدف حماية هذه الحقوق .

ومع هذا فإننا سوف نرى فيما بعد ، أن خصومة الإستئناف ، لايمكن تصورها فى شكل جامد ، بل انها تكون دائما متحركة ، وهذه الحركة تهيئ المناخ لتقديم العديد من الطلبات التى قد تساهم فى التأثير على موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف . كل هذا يخاطر بإدخال تعديلات جوهرية فى موضوع الطلب القضائى مما يؤدى من قبل

---

(١) SINAY, op. cit., loc. cit.
Cass. Soc. 13/5/1954. Bull. Civ. 1954, p. 23.
Civ. 11/5/1931. D.H. 1931, 303.

إلى تعديل سبب هذا الطلب ، والتالى من الممكن أن نصل إلى درجة نستطيع فيها القول بأننا أمام طلب جديد بموضوعه وسببه يعرض لأول مرة أمام محكمة الإستئناف عن طريق استخدام هذه الوسيلة الفنية المسماة بالإستئناف المثار (١) .

وعلى هذا فيمكن القول أن الهدف الأساسي للإستئناف الفرعى هو إعادة تكوين موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف فى حدود النقل ، أى فى حدود الأثر الناقل المترتب على هذا النوع من الإستئناف .

أما الإستئناف المثار فيساهم فى إعادة تكوين أشخاص القضية أمام محكمة الإستئناف ، ومع هذا فإن هذا النوع من الإستئناف يؤدى أحيانا إلى إحداث تاثيرا مختلفة على موضوع الطلب القضائى ذاته .

وتأكيدا لما نقوله ، فإننا نلاحظ أن هناك اتجاها قضائيا قويا يرى أن الإستئناف المثار يكون مقبولا حتى ولو لم يهدف رافعه إلى مجرد حماية المكسب الذى حصل عليه فى اول درجة ، وإنما كان يهدف إلى ابعد من ذلك ، بأن كان مثلا يهدف إلى الحصول على منفعة ما من الإستئناف الأصلى (٢) .

وأخيرا فإننا نلفت النظر إلى أن المستأنف عليه يستطيع أن يستفيد من رخصة استخدام الإستئناف المثار ، فإذا كان المستأنف عليه قد خسر

---

(١) OMAR, NABIL : La cause de la demande en justice, Thèse pour le doctorat d'Etat en droit privé Bordeaux, 1977, p. 145 et s.

(٢) Grénoble 12/12/1951, D. 1951, p. 221.
RAYNAUD, Obs. R.T.D.C. 1952, P. 271.
RAYNAUD. Obs. R.T.D.C.1968, p. 198.
RAYNAUD. Obs. R.T.D.C.1963, p. 630.
RAYNAUD. Obs. R.T.D.C.1966, p. 597.

جزئيا أمام أول درجة ، فإنه يستطيع الحصول على تعديل بعض بنود الحكم المطعون فيه والتى كان له أن يطلبها عن طريق الإستئناف الفرعى إذا كان من الممكن اعتباره مستأنفا عليه بالنسبة لهذه البنود .

٣٧٧ - وبمعنى آخر فإننا نستطيع القول بأنه إذا كانت خصومة الإستئناف يوجد بها اكثر من شخص فى مركز المستأنف عليه ، فإن لأى من هؤلاء أن يستخدم الإستئناف المثار لكى يحصل على تعديل بعض طلباته فى مواجهة طرف من أطراف خصومة أول درجة ، والذى لايمكن اعتباره حتى هذه اللحظة مستأنفا عليه ، أو مستأنف بالنسبة لمن يريد استخدام رخصة الإستئناف المثار .

وأخيرا فإنه ينتج من هذا البحث أن الإستئناف المثار يتفق مع الإستئناف الفرعى فى بعض الأمور ويختلف عنه فى امر أخرى . ومع هذا يظل للإستئناف المثار ذاتية مستقلة فيما يخص فكرة الخسارة التى تمت أمام أول درجة (١) la succombance وفيما يتعلق من ناحية أخرى بالعلاقة بين الإستئناف المثار بواسطة الإستئناف الأصلى وعلاقته باستئناف المستأنف عليه على مستأنف عليه آخر l'Appel d'intimé à intimé.

فالخصيصة المشتركة بين الإستئناف المثار واستئناف المستأنف عليه على مستأنف عليه آخر ترجع إلى أن كلا النظامين يساعدان على إعادة تكوين النزاع مرة ثانية أمام ثانى درجة .

ومن جهة أخرى فاستئناف المستأنف عليه على مستأنف عليه آخر

---

(١) LYON, 27/4/1967 Gaz. pal. 1967. 2.62.

PERROT et TISSOT : Les cifets de l'Appel, l'ouverture quant aux personnes, Gaz. pal. 1974. pp 408 et s.

يؤدى إلى توسيع الأثر الناقل للإستئناف من حيث الموضوع أما الإستئناف المثار فهو يؤدى إلى توسيع الأثر الناقل للإستئناف من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع بطريق الإنعكاس par ricoché .

٣٧٨ – أما فيما يتعلق بالعلاقة بين الإستئناف المثار والإستئناف الأصلى فإننا نلاحظ أن الإستئناف الأصلى هو الذى أطلق شرارة الإستئناف المثار . فالإستئناف الأصلى هو الذى هيئ الظهور للإستئناف المثار .

ولكن هناك سؤال ملح ، ينصب هذا السؤال على مدى إمكانية قيام المستأنف الأصلى باستخدام الإستئناف المثار ؟ والواقع أن مصلحة المستأنف فى استعمال الإستئناف المثار تبدو بجلاء فى الأحوال التى يريد فيها اجتذاب اشخاص جدد إلى خصومة الإستئناف كان قد أغفل رفع الإستئناف عليهم فى المواعيد المحددة . قبل ظهور قانون المرافعات الفرنسى الجديد سنة ١٩٧٥ أمكن ملاحظة أن بعض الفقه المؤيد بالعديد من أحكام القضاء قد أظهر عداء شديدا ضد اعطاء المستأنف مثل هذه الرخصة [١] .

هذا الإتجاه يرتكز على اساس أن المستأنف الأصلى الذى يشرع فى رفع الإستئناف يكون بهذا قد اتخذ زمام المبادرة فى توليد خصومة الإستئناف .

فإذا أغفل هذا المستأنف رفع الإستئناف على بعض الأشخاص الذين يكون وجودهم ضروريا أمام محكمة الإستئناف حتى يمكن

---

(١) PERROT, op. cit., Loc. cit.
Paris. 22/5/1961. Gaz. pal. 1962.I.85.
R.T.D.C. 1962, 394. Ob. Raynaud.

استخلاص كل عناصر النزاع وحتى يمكن تصفيته مرة واحدة ، فيجب أن نستخلص من ذلك عدم امكانية قيام مثل هذه المستأنف بالرجوع إلى استخدام رخصة الإستئناف المثار ، مع مافيها من عدم احترام للمواعيد والأشكال الخاصة بهذا الطعن . ويجب أن نلاحظ فى هذا المقام أن هذا التحليل ، وإن كان صحيحا بالنظر إلى القواعد العامة السائدة فى قانون المرافعات ، فإنه مع ذلك قد فقد الكثير من وزنه بعد ظهور قانون المرافعات الفرنسي الجديد . ولشرح هذا فإننا نقول أن نص المادة ٥٥٥ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد تجيز للمستأنف أن يختصم أشخاصا من الغير لأول مرة أمام محكمة الإستئناف بهدف الحكم عليهم بطلب ما وذلك إذا ما ادى تطور النزاع l'évolution du litige الى توليد الحاجة الى اختصامهم ، ومن جانبنا فنحن لانرى مايمنع المستأنف من استخدام الإستئناف المثار لكى يجتذب الى خصومة الإستئناف أشخاصا لايمكن اعتبارهم من الغير ، نظرا لظهورهم من قبل أمام أول درجة ، بل هم من عناصر الطلب القضائى السابق طرحه أمام أول درجة . استخدام الإستئناف المثار بواسطة المستأنف الأصلى يكون جائزا إذا حسب وجهة نظرنا بذات الشروط المنصوص عليها فى المادة ٥٥٥ من قانون امرافعات الفرنسى أى بشرط أن يؤدى تطور النزاع أمام محكمة الإستئناف إلى ضرورة اختصامهم .

٣٧٩ - وفى النهاية فإننا نستطيع القول أن الإستئناف المثار يستطيع أن يساهم مع غيره من صور الإستئناف الفرعى الأخرى فى إعادة تكوين الطلب القضائى أمام محكمة الدرجة الثانية . إعادة التكوين هذا سوف يؤدى إلى الإسراع فى الوصول الى حل شامل ونهائى للنزاع .

هذا الحل الكامل والنهائى يعفينا من ضرورة الرجوع مرة أو مرات متعددة الى محكمة أول درجة فى كل مرة نصطدم فيها بتحريم

قبول الطلبات الجديدة فى الإستئناف ، وبالتالى يمكن لنا أن نصل إلى حل نهائى للنزاع أمام محكمة الإستئناف عن طريق تجميع كل عناصر النزاع التى قد تكون مشتتة بين أول وثانى درجة .

ومن البديهى أن إعادة التكوين هذا يجب أن يتم فى نطاق احترام موضوع الطلب الأصلى وسببه وإلا أدى إعادة التكوين هذا الى الغاء الدرجة الأولى من درجات القضاء أو تحويل محكمة الإستئناف إلى مجرد محكمة أول درجة تعرض عليها الطلبات لأول ولآخر مرة ، ولأدى ذلك بالتالى إلى حدوث خلل لاعلاج له فى النظام اقضائى بأكمله (١) .

وننتقل الآن إلى الفصل الثالث الخاص بدراسة نظام التصدى .

---

(١) OMAR : La cause de la demande en justice, Thèse. Bordeaux, 1977, pp. 150 et s.

الفصل الثالث
تصدى محكمة الإستئناف لنظر الموضوع

٣٨٠ - تمهيد وتقسيم :

سبق القول أن النظام القانونى للطعن بالإستئناف تم تشييده بهدف إتاحة الفرصة للأطراف للتظلم من الحكم الصادر من قاضى أول درجة .

وسبق القول أن الطعن بالإستئناف ، مجرد الطعن ، يولد مجموعة من الآثار . ومن هذه الآثار ، تمت لنا دراسة الأثر الناقل للإستئناف . وعرفنا أن هذا الأثر ماهو إلا أداة فنية من أدوات النظام القانونى لهذا الطريق من طرق الطعن . إلى جانب هذه الأداة توجد أداة اخرى داخل نظام الطعن بالإستئناف ، هذه الأداة هى الحق فى التصدى le droit d'évocation .

معنى الحق فى التصدى ، الذى يعتبر رخصة مخولة لمحكمة الإستئناف لها أن تستخدمها أو لاتستخدمها ، أنه إذا ماطعن فى حكم فرعى فإنه يجوز لمحكمة الإستئناف أن تمد يدها إلى كل النزاع ، ضاربة عرض الحائط بالأثر الناقل المحدود المترتب على رفع الطعن فى هذا الحكم الفرعى ، وحين تتناول محكمة الإستئناف كل النزاع فى مثل هذه الحالة لتفصل فيه ، فإنها بذلك تكون قد استخدمت حقها فى التصدى .

لابد إذا من رفع طعن بالإستئناف ، ولابد إذا من وجود أثر ناقل محدود نتيجة الطعن فى حكم لم ينهى النزاع بأكمله ، هنا يمكن لمحكمة الطعن أن تستخدم حقها فى التصدى . والحق فى التصدى يوجد فى قانون

المرافعات الفرنسى ، ولاوجود له فى قانون المرافعات المصرى ، ويعرف الفقه الفرنسى هذا الحق فى التصدى بأنه :

رخصة مخولة لقاضى ثانى درجة ، حين يرفع اليه طعنا بالإستئناف فى حكم صادر من اول درجة ، فى أن يتناول النزاع برمته ويحسمه بحكم واحد صادرا فى الطعن وفى الموضوع (١) .

وفى نطاق قانون المرافعات الفرنسى القديم السابق على قيام الثورة الفرنسية فإن الحق فى التصدى كان وسيلة سهلة ومعتادة تستخدمها محاكم الملك لزيادة سلطاتها وذلك حين كان يرفع اليها طعن فى الأحكام الصادرة من محاكم المقاطعات .

وواقع الأمر أن الحق فى التصدى يستجيب الى اعتارات الإقتصاد فى الوقت والإجراءات والنفقات ، ويساعد على سرعة حسم المنازعات ، ومع ذلك وكما سوف نرى من بعد فإن الحق فى التصدى قبل تعديل قانون المرافعات الفرنسى الحالى كان لايجوز اعماله إلا فى الأحوال التى تلغى فيها محكمة الإستئناف الحكم المطعون فيه ، وعلى ذلك قيل بأنه إذا كان هذا الحق يؤسس على اعتبارات السرعة والإقتصاد ، فكان من الواجب اعماله فى حالة الغاء الحكم المطعون فيه وفى حالة تأييده . وبما أن

(١) LOISEL : Emploi optimal de la notion d'évocation en procédure civil. J.C.P. 1971.I.2432.

VINCENT : les effets de l'appel et les réformes récentes de la procédure civile . D. 1974. 212.

CARLES : L' évocation en matière civile. Thèse. Caen 1934, p. 20.

MEURISSE : l' évocation en procédure civile . Gaz . pal. 18 au 21 mars 1957.

F. DUMAS : L' évolution de l' évocation en matière civile. Thèse Rennes. 1968, p. 50.

الحكم المطعون فيه هو حكم فرعى فكان من الواجب أيضا فى حالة تـأييده أن تستخدم محكمة الإستئناف حقها فى التصدى .

لهذا ذهب البعض الى اقول بأن الحـق فـى التصـدى يتأسس على اعتبارات أخرى غير الإقتصاد والسرعة (١) .

هذه الإعتبارات ترجع إلى عدم المساس بمشاعر قضاة أول درجة، بمعنى أنه إذا تم الغاء الحكم الفرعى المطعون فيـه بالإستئناف مـن جـانب محكمة ثانى درجة رغم بقاء موضوع النزاع مطروحـا أمـام أول درجـة ، فإن مشاعر قضاة اول درجة لايمكن السيطرة عليها ، باعتبـارهم بشـر ، حين ينظرون الموضوع .

وبمعنى آخر ، ربما يخالفون اتجاه رأى محكمة ثانى درجة الـذى تكشف من الغاء الحكم الفرعى من جـانب محكمـة ثـانى درجـة (٢) . وفـى الواقـع فـإن هـذا الإعتبـار العملـى هـو الـذى كـان يؤسـس عليـه الحـق فـى التصدى .

٣٨١ – الحـق فـى التصـدى يشـكل فـى صحيـح اللنظـر مخالفـة صريحة لمبـدأ التقـاضى علـى درجتين ، كمـا يشـكل أيضـا اعتـداء علـى النطـاق الذى ترسمه صحيفة الطعن بالإستئناف وطلبـات الخصـوم ويتحـدد بمقتضاه الأثر الناقل للإستئناف .

فالفرض أننا أمام طعن بالإستئناف فى حكم فرعى ، ورغـم ذلـك تتصدى محكمة الدرجة الثانية لنظر كل النزاع . وبناء على ذلك نسـتطيع أن نبيـن وجه الخلاف الذى يوجد بين الأثر الناقل للإستئناف ، والحق فى

---

(١) HEBRAUD: Effet d évolutif et évocation. Rapport au Colloque d'Aix - en - provence. 1963, p. 100.

(٢) NORMAND: Le juge et le litige. 1965. p. 260 et s.

التصدى الذى يعتبر أداة فنية داخل النظام القانونى للطعن بهذا الطريق [1].

وتتركز أوجه الخلاف بين الأثر الناقل للإستئناف l'effet d évolutif de l'appel والحق فى التصدى le droit d' évocation فى النقاط الأتية :

١ - بمقتضى الأثر الناقل للإستئناف فإن قاضى محكمة الدرجة الثانية يكون ملزما بالفصل فيما تم نقله اليه بواسطة الطعن بالإستئناف . ومعنى ذلك أن قاضى الإستئناف إذا ما الغى الحكم المطعون فيه فإنه لايستطيع أن يحيل النزاع مرة ثانية إلى قاضى أول درجة . أما بصدد الحق فى التصدى الذى هو حق أو رخصة مخولة لمحكمة الدرجة الثانية ، لها أن تستخدمها أو لاتستخدمها ، فإن محكمة الإستئناف فى نطاق الحق فى التصدى تستطيع أن تتناول كل النزاع لتفصل فيه ، كما أن لها أن تعيد النزاع مرة ثانية إلى محكمة الدرجة الأولى لتفصل فيما لم تفصل فيه[2] هذه المحكمة .

٢ - حينما تستخدم محكمة الدرجة الثانية سلطاتها بناء على ما للإستئناف من اثر ناقل فإن سلطاتها تكون هى بعينها سلطات محكمة أول درجة ، أما عندما تستخدم حقها فى التصدى فيجب أن تكون القضية صالحة من جميع الوجوه للفصل فيها ، بمعنى أن تكون إجراءات التحقيق والإثبات قد تمت من جميع الوجوه أمام محكمة الدرجة الأولى [3] .

---

(١) MOTULSKY : Les rapports entre l'effet d évolutif de l'appel et l' évocation. J.P.C. 1953. I. No. 1095.

(٢) MOTULSKY : Nouvelles reflexion sur l'effet d évolutif de l'appel et l' évocation. J.C.P. 1958.I.1423.

(٣) VINCENT : Pr écis. p. 814.

٣ - حينما تمارس محكمة الدرجة الثانية سلطاتها بناء على الأثر الناقل للإستئناف فإن نطاق النزاع يكون محددا بنطاق صحيفة الطعن بالإستئناف . أما حينما تستخدم هذه المحكمة حقها فى التصدى ، فإنها تختص بطلبات لم تطرح ، على الإطلاق ، أمامها (١) .

بعد هذا التعريف الموجز للحق فى التصدى فى القانون الفرنسى فإننا نقسم هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول : فى شروط اعمال محكمة الإستئناف لحقها فى التصدى.

المبحث الثانى : فى آثار اعمال الحق فى التصدى .

المبحث الأول

فى شروط اعمال محكمة الإستئناف لحقها فى التصدى

٣٨٢ - شروط اعمال محكمة الإستئناف لحقها فى التصدى مرت فى التشريع الفرنسى بتطور كبير . نعالج فيما يلى هذه الشروط قبل تعديل قانون المرافعات الفرنسى سنة ١٩٧٦ ، ثم نتناول هذه الشروط فى ظل هذا القانون الأخير .

أولا - شروط اعمال محكمة الإستئناف لحقها فى التصدى قبل تعديل ١٩٧٦.

هذه الشروط هى :

١ - كان يشترط أن ينصب الطعن بالإستئناف على حكم صادر قبل الفصل فى الموضوع un jugement avant dire droit أو حكم

---

(١) LOBIN : Evocation répertoire Dalloz . pro. civ.

صادر فى الموضوع un jugement sur le fond .

٢ - وكان يجب أن تقوم محكمة الإستئناف بالغاء الحكم المطعون فيه .

٣ - ويشترط لاعمال الحق فى التصدى ، أيضا ، أن تكون القضية جاهزة لتلقى حل نهائى . بمعنى أنه كان يشترط أن تكون القضية قد استوفت إجراءات التحقيق والإثبات وجاهزة لتلقى الحكم الحاسم لكل النزاع .

٤ - ويجب أن تكون محكمة الإستئناف هى المحكمة التى حددها القانون كمحكمة ثانى درجة بالنسبة للحكم المطعون فيه .

٥ - وكان يشترط ، حسب نص المادة ٤٧٣ من قانون المرافعات الفرنسى ، أن يصدر حكم محكمة الإستئناف حاسما للموضوع وللطعن فى نفس الوقت وفى نفس الحكم .

هذه الشروط مرت بتطور كبير قبل أن ينتهى هذا التطور بالمادة ٥٦٨ من قانون المرافعات الفرنسى الحالى .

ويجب أن نلفت النظر إلى الجدل الشديد الذى ثار فى الفقه حول حق محكمة الإستئناف فى اعمال حقها فى التصدى عند ابطال الحكم الصادر من أول درجة . وقد قمنا باستعراض واسع ودقيق لهذه المسألة حينما عالجنا الطعن بالإستئناف فى الأحكام الباطلة وذلك فى الباب الأول من هذا المؤلف .

ثانيا : شروط اعمال الحق فى التصدى بعد تعديل قانون المرافعات الفرنسى سنة ١٩٧٦ .

الحق فى التصدى يتولد فى القانون الفرنسى الحالى بطريقتين :

الطريقة الأولى التي يتولد بها الحق في التصدى هو الطعن في الحكم بالإستئناف .

أما الطريقة الثانية التي يتولد منها الحق في التصدى فهي الطعن في الحكم الفرعى الصادر في مسألة الإختصاص بطريق " المعارضة " le contredit . ويجب ملاحظة أن هذا الطريق من طرق الطعن يختلف عن المعارضة في الأحكام الغيابية l'opposition حيث أن الطريق الأول خاص بالطعن في الحكم الصادر في مسألة الإختصاص فقط . وقد رأى المشرع الفرنسى تصفية المسائل التي تتولد عن الإختصاص أولا بأول وقبل الفصل في الموضوع .

ونعالج فيما يلى :

١ - الحالات التي يوجد فيها الحق في التصدى بناء على الطعن بالإستئناف .

٢ - ثم نعالج الحالات التي يوجد فيها الحق في التصدى بناء على الطعن في الحكم الصادر في مسألة الإختصاص بنظام " المعارضة " contredit .

٣٨٣ -١- " الحالات التي يوجد فيها الحق في التصدى بناء على رفع الطعن بالإستئناف " .

تنص المادة ٥٦٨ من قانون المرافعات الفرنسى الصادر سنة ١٩٧٥ على أن : " إذا طعن أمام محكمة الدرجة الثانية بالإستئناف في حكم صادر باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق ، أو في حكم صادر بالفصل في دفع من الدفوع الإجرائية ، وكانت مثل هذه الأحكام قد أنهت الخصومة ، فإن المحكمة تستطيع أن تتصدى لنظر جميع المسائل التي لم يفصل فيها ، إذا رأت أن مصلحة العدالة تقتضى ذلك ، ولها في سبيل

ذلك أن تأمر باتخاذ مايلزم من إجراءات التحقيق .

والتصدى لايعرقل أعمال المواد ٥٥٤ ، ٥٥٥ ، ٥٦٣ الى ٥٦٧"(١) .

والنص الفرنسى هو :

" Lorsque la Cour d'Appel est saisie d'un jugement qui a ordonné une mesure d'instruction, ou d'un jugement qui statuant sur une exception de procédure, a mis fin d'instance, elle peut évoquer les points non jug é si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution d éfinitive, après avoir ordonn é elle-même, le cas éch éant, une meesure d'instruction. L' évocation ne fait pas obstacle à l'application des articles 554, 555 et 563 à 567".

ويستخلص من تقرير رئيس الوزراء الفرنسى الذى صاحب مشروع القانون ، أن الحق فى التصدى هو أيضا يجد نظامه فى اتساع مستمر ، فلم يعد قاصرا على الأحوال التى تقوم فيها محكمة الإستئناف بإلغاء حكم أول درجة .

ومن جهة أخرى فيمكن لمحكمة الإستئناف استخدام حقها فى

---

(١) CARLES : L' évocation en matière civile, Thèse. Caen, 1934, p. 1 et s.

F. DUMAS : L' évolution de l' évocation. Thèse, Rennes, 1968, p. 168 et s.

GIVERDON : La proc édure de réglement des ezc éptions d'incomp étence, de litispendance et de connixit é, D. 1973. p. 155 et s.

H. SOLUS et r. PERROT: D.G.P. T. 11, 1973. p. 756.

DURRY : les jugements dits mixtes, R.T.D.G., 1960, p. 5 à 31.

التصدى فى كل الأحوال التى يظهر فيها من حسن العدالة إجرائه وحسم النزاع تماما ، وظهر من ذلك أن المشرع الفرنسى يرجح الإعتبار الخاص بالحصول على عدالة سريعة ، على الإعتبار الذى يقتضى احترام قاعدة التقاضى على درجتين . ويظهر من نص المادة السابقة ، أن الأحوال التى يكون فيها لمحكمة الإستئناف الإلتجاء إلى استعمال رخصة التصدى ترجع إلى حالتين :

الأولى : إذا كان الحكم المطعون فيه بالإستئناف صادر بصدد اتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق .

ويلاحظ فى هذا الصدد أن الإستئناف المباشر للأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع ممنوع فى فرنسا بمقتضى المادة ٥٤٥ .

ومن جهة أخرى فإنه يستخلص من المادة ٥٤٤ من قانون المرافعات الفرنسى أن الأحكام التى تفصل فى جزء من منطوقها dispositif فى أصل الحق ، وتأمر فى ذات الوقت باتخاذ إجراء من الإجراءات التحفظية une mesure provisoire ، مثل هذه الأحكام يمكن الطعن فيها مباشرة immédiatement بالإستئناف ، تماما مثل الأحكام الفاصلة فى الموضوع .

ونفس الحل يكون بالنسبة للأحكام التى تفصل فى دفع من الدفوع المتعلقة بالإجراءات ، أو فى دفع من الدفوع بعدم القبول ، أو أى مسألة عارضة ، وبمناسبة هذا الحكم تنتهى الخصومة أمام أول درجة .

والتصدى المنصوص عليه فى المادة ٥٦٨ يقتضى إذا أن نكون بصدد طعن بالإستئناف فى حكم مختلط mixte ، أو يكون الرئيس الأول للمحكمة الإستئنافية قد رخص برفع استئناف مباشر عن الحكم الفرعى الصادر . ومثال ذلك نص المادة ٢٧٢ مرافعات فرنسى التى تنص على

أن الحكم الصادر بإجراء الخبرة بصدد مسألة معينة ، يمكن الطعن فيه بالإستئناف ، استقلالا عن الحكم الصادر فى الموضوع ، بناء على ترخيص من الرئيس الأول لمحكمة الإستئناف إذا وجدت مبررات قوية لهذا الطعن .

الحالة الثانية : ويجوز القيام بالتصدى ثانيا إذا كان الطعن بالإستئناف منصبا على حكم صادر فى دفع من الدفوع المتعلقة بالإجراءات إذا ما أدى هذا الحكم إلى انهاء الخصومة أمام أول درجة .

ويضرب الفقه مثالا على هذه الحالة بحالة بطلان الإجراءات التى بنى عليها الحكم . وفى هذا المجال يلاحظ أن الشروط التى وضعتها المادة ٥٦٨ من قانون المرافعات الفرنسى لاعمال الحق فى التصدى ، تختلف جذريا عن الشروط التى وضعتها المادة ٤٧٣ من قانون المرافعات السابق .

بمعنى أن الشرط الوحيد الذى وضعته المادة ٥٨٦ سالفة الذكر لاعمال الحق فى التصدى تتعلق فقط بالحالة التى تقدر فيها محكمة الدرجة الثانية أنه من حسن العدالة اعطاء حل نهائى للنزاع .

٣٨٤ - وفيما يتعلق بالعمل القضائى فى هذا النطاق ، فإننا نلاحظ أن المحاكم تظهر الكثير من الحذر فى اعمال النصوص الجديدة . ففى حكم صادر من محكمة ليون Lyon اعمالا لنص المادة ٥٦٨ من قانون المرافعات تصدت هذه المحكمة للفصل فى موضوع الدعوى المطروحة أمامها رغم أن المستأنف كان قد قصر استئنافه على طلب رفع main-levé الرهن l'hypothèque القضائى ، واستندت هذه المحكمة على حجة مستفادة من أن محكمة أول درجة كانت قد أمرت بإجراء

الخبرة التى أوضحت أن هناك رصيد إيجابى للمدين (١) .

٣٨٥ - وفى حكم صادر من محكمة باريس Paris نرى أن هذه المحكمة قد تصدت لموضوع الدعوى بعد أن دعت المستأنفين لشرح وجهة نظرهم فيما يتعلق بالأضرار التى أصابتهم ، بالرغم من ايداع تقارير الخبراء حول هذا الضرر (٢) . وبصدد هذا الحكم الأخير فإن محكمة باريس قد ايدت حكم أول درجة ، ورغم ذلك قامت بالتصدى لحسم النزاع نهائيا ، وكانت وقائع هذه الدعوى الأخيرة تدور حول الطعن فى حكم صادر إجابة لطلبات المستأنف عليه الهادفة إلى إجراء حساب لبيان مبالغ متنازع عليها بين الأطراف ، هنا أيدت محكمة الإستئناف حكم أول درجة بصدد هذا الإجراء من اجراءات التحقيق ورغم هذا تصدت لنظر الموضوع (٣) . ويؤيد بعض الفقه هذا المسلك ويرى أن ذلك ضرورى للإسراع فى حسم النزاع (٤) .

هذا الفقه الأخير يعتمد على الشرط الذى وضعته المادة ٥٦٨ عندما اشترطت لاعمال الحق فى التصدى أن يتطلبه حسن سير العدالة la bonne justice حسب تقدير المحكمة .

٣٨٦ - وبمعنى آخر فإن حسن سير العدالة الذى تستخلصه المحكمة من وقائع النزاع بمطلق سلطتها التقديرية سوف يحل من الآن فصاعدا محل الشروط التى كان يضعها المشرع من قبل فى صلب المادة ٤٧٣ لاعمال الحق فى التصدى والسابق لنا الإشارة اليها .

---

(١) DU RUSQUES et j. VINCENT : Les effets de l'appel quant à l'objet du litige, Gaz. pal., 1974.

(٢) GAZ. PAL. 1973-2-883.

(٣) DU RUSQUES. Loc. cit.

(٤) VINCENT : Les dimensions nouvelles, Loc. cit.

ونلاحظ فى النهاية أن المادة ٥٦٨ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد تشكل مرحلة جديدة لتطور النظام القانونى للإستئناف ، عن طريق اعطاء الأدوات الإجرائية ، التى تتكفل بالقيام بعديد من الوظائف داخل النظام الخاص بالإستئناف ، وظائف جديدة أو توسيع وظائفها القديمة عن طريق التخفيف من الشروط التى كانت تقيد حركتها .

هذا التطور ، سوف يساعد إلى حد كبير فى زيادة التوسع والأهمية فى الدور الذى تقوم به محكمة الإستئناف عند نظرها لهذا الطعن.

وننتقل الآن لدراسة نظام التصدى المتولد عن الطعن فى الحكم الصادر فى مسألة الإختصاص ب " المعارضة " .

٣٨٧ -٢- التصدى الناشئ عن الـ

EVOCATION EN CONTREDIT

لن نقوم بدراسة شاملة لنظام ال contredit الذى أوجده المشرع الفرنسى سنة ١٩٥٨ ، وإنما سوف نقتصر على دراسة تأثيره على موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الإستئناف ، وإنما سوف نعطى لمحة عن هذا النظام تعرف القارئ به . والجوهرى فى نظام le contredit هو انه نظام خلق فى فرنسا سنة ١٩٥٨ وبمقتضاه يتم الطعن فى حكم أول درجة الصادر فى مسألة الإختصاص حتى تتولى محكمة الإستئناف تحديد المحكمة المختصة بنظر موضوع النزاع المطعون فيه . وعلى هذا فإذا صدر حكم من أول درجة وطعن فيه بهذا الطريق ، كان الطعن منصبا على المنازعة فى اختصاص محكمة أول درجة ، فإن سلطات محكمة الدرجة الثانية كانت تنصب على تعيين المحكمة التى تراها مختصة بهذا النوع . وكان يغلب على إجراءات هذا الطريق من طرق

الطعن الصبغة الإدارية ، أكثر منها صبغة قضائية .

وفيما يتعلق بدراستنا للتصدى الذى تمارسه محكمة ثانى درجة بناء على رفع un contredit فإننا نقسم هذه الدراسة إلى :

- الحالات التى تستطيع محكمة الإستئناف فيها الإلتجاء إلى رخصة التصدى حتى تحسم موضوع النزاع الذى لم تفصل فيه محكمة أول درجة .

- دراسة الآثار الناتجة من هذا التصدى على موضوع الطلب القضائى (١) . وهذه النقطة الأخيرة نعالجها فى المبحث الثانى من هذا الفصل .

٣٨٨ - الحالات التى يتولد فيها الحق فى التصدى عن الطعن فى حكم أول درجة بـ Le contredit .

LES CAS OU L'EVOCATION POURRAIT AVOIR
LIEU SUR CONTREDIT

تنص المادة ٨٠ من قانون المرافعات الفرنسى على أنه إذا حكم القاضى - قاضى أول درجة - فى مسألة الإختصاص دون أن يفصل فى الموضوع ، فإن هذا الحكم لايمكن الطعن فيه contredit ، حتى ولو حسم قاضى اول درجة مسألة تتعلق بالموضوع ولكن كان حسمها ضروريا نظرا لتعلقها بمسألة الإختصاص .

ويسير النص الفرنسى على النحو التالى :

---

(١) F. DUMAS. Thèse précitée, p. 190 et s.
SOLUS et PERROT: Droit judiciaire privé, T. II, 1973, p. 80 et s.
J. VINCENT: Précis, op. cit., p. 405 et s.
GIVERDON, op. cit. D. 1973, p. 155 à 172.

" Lorsquee le juge se prononce sur la compétence sans statuer sur le fond du litige, sa décision ne peut être attaquée que par la voie du contredit, quand bien même le juge aurait tranché la question de fond dont depend la compétence".

وتنص نفس هذه المادة فى فقرتها الثانية على أنه استثناء من حالات الخبرة ، فإن طريق الطعن المشار اليه فيما سبق يكون هو الواجب الإتباع إذا قضى حكم أول درجة فى مسألة متعلقة بالإختصاص واتخاذ اجراء من اجراءات التحقيق أو اجراء وقتى :

" Sous réserve des règles particuliers à l'expertise, la décision ne peut pareillement être attaquée du chef de la compétence que par la voie du contredit lorsque le juge so prononce sur la compétence et ordonne une mesure d'instruction ou une mesure provisoire".

وفى نفس هذا المعنى تنص المادة ٨٩ من ذلك القانون على أنه إذا اتضح أن محكمة الإستئناف المطعون أمامها بهدف تحديد المحكمة المختصة ، هى ذاتها محكمة الإستئناف المختصة بالنسبة للمحكمة التى تراها مختصة بالنظر فى النزاع المطروح أمامها ، فإن هذه المحكمة تستطيع التصدى لنظر موضوع الدعوى إذا رأت من مصلحة العدالة حسم هذا النزاع ، حتى ولو احتاج الأمر أن تأمر هى باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق .

والنص الفرنسى لهذه المادة يسير على النحو التالى :

Lorsque la Cour est juridiction d'appel relativement à la juridiction qu'elle estime compétente, elle peut évoquer le fond si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive après avoir ordonnée elle-même, le cas échéant, une mesure d'instruction.

٣٨٩ - هذه هى نصوص المواد التى قررها قانون ١٩٧٦ فى فرنسا بالنسبة لهذا الطريق من طرق الطعن ومن هذه النصوص يمكن استخلاص النتائج الآتية :

لكى تستطيع محكمة الإستئناف استخدام سلطتها فى التصدى ، فإن المادة ٨٩ من هذا القانون تضع لنا عدة شروط :

١ - يجب أن يطعن أمام محكمة الإستئناف بوسيلة الـ contredit ويجب أن تكون هذه المحكمة - محكمة الإستئناف - هى محكمة الدرجة الثانية بالنسبة للمحكمة التى سوف ترى محكمة الإستئناف أنها هى المختصة كمحكمة أول درجة بنظر النزاع [١] .

٢ - يجب أن يكون موضوع النزاع - أى موضوع الطلب الأصلى - الذى ترمى محكمة الإستئناف إلى التصدى له بالحسم ، يجب أن يكون هذا الموضوع قد خضع أمام أول درجة على الأقل لمناقشة متبادلة : fait l'objet d'une discussion contradictoire .

٣ - ويجب أخيرا أن تكون القضية مهيأة لتلقى حكم نهائى حاسما للنزاع أمام الدرجة الثانية [٢] .

وإذا كانت هذه هى شروط نظام التصدى فى مثل هذه الأحوال ، فإن التقريب بين نص المادة ٧٩ من قانون المرافعات الفرنسى ، ونص

---

(١) SOULS et PERROT , op. cit., p. 810.
GIVERDON. op. cit., p. 167.
ويلاحظ البعض بحق ، أن محكمة الإستئناف لاتستطيع استخدام حقها فى التصدى إذا كان موضوع النزاع بحسب قيمته ، أو بحسب طبيعته يحكم فيه من الدرجة الأولى بصفة انتهائية .

(٢) SOLUS et PERROT, p. 810.

المادة ٨٩ من نفس هذا القانون قد حدا ببعض الفقه الـى اسـتخلاص نتيجـة معينة .

قبـل عـرض هـذه النتيجـة يحسـن بنـا معرفـة مضمـون المـادة ٧٩ فرنسى .

٣٩٠ – تنص هذه المـادة علـى أنـه إذا الغت محكمـة الإسـتئناف حكم أول درجة المطعـون فيـه بالإسـتئناف ، وكـان الإلغـاء منصبـا علـى جزء الحكم المتعلق بالإختصـاص ، فإنها تفصل رغم هـذا فـى الموضـوع بأكمله ، إذا كان الحكم المطعون فيه قابل للإسـتئناف فـى جميـع أجزائـه ، وكـانت محكمـة الإسـتئناف هـى محكمـة الدرجـة الثانيـة بالنسـبة لمحكمـة الدرجة الأولى التى تراها مختصة فعلا .

وفى الأحوال الأخرى ، فإن محكمة الإستئناف إذا الغت حكم أول درجة فـى الجـزاء المتعق بالإختصـاص فإنهـا تلـتزم بإحالـة النـزاع إلـى المحكمة التى تراها مختصة ، وهذا الحكم – حكم الإحالة – يفرض علـى الأطراف وعلى محكمة الإحالة .

" Lorsque la Cour infirme du chef de la competence, elle statue néanmoins sur le fond du litige si la décision attaquée est susceptiblee d'appel dans l'ensemble de ses dispositions et si la Cour est juridiction d'appeel relativement à la juridiction qu'elle estime compétente.

Dans les autres cas, la Cour, en infirmant du chef de la compétence la décision attaquée, renvoi l'affaire devant la Cour qui est juridiction d'appel, relativement à la juridiction qui eût été compétente, en première instance.

Cette décision s'impose aux parties et à la Cour de revoie.

واستئنافا لما سبق نقول أن بعض الفقه الفرنسي أجرى المقارنة بين المادتين السابقتين (٨٠،٧٩) وخرج بالنتيجة الآتية :

إذا تم الطعن بالإستئناف فى مسألة الإختصاص - بفرض عدم توافر شروط الـ contredit - فإن محكمة الإستئناف لاتستطيع حسم الموضوع - بناء على التصدى المتولد من الإستئناف - إلا إذا قامت أولا وقبل كل شئ بإلغاء حكم أول درجة .

فشرط الإلغاء هذا لايوجد فى المادة ٥٦٨ السابق دراستها ، فيما يتعلق بالإستئناف العادى - أى غير الخاص بمسألة الإختصاص - وشرط الإلغاء لايوجد ايضا بصدد المادة ٨٩ من قانون المرافعات الفرنسى الخاص بنظام الـ contredit [(١)] .

وسوف نرى فيما بعد أثر تخلف هذا الشرط ، شرط الإلغاء ، infirmation على سلطات محكمة الإستئناف .

وسوف ندرس الآن أثر هذا النوع من أنواع التصدى على موضوع الطلب القضائى .

(١) VINCENT : les dimensions nouvelles de l'appel, D. 1973, p. 187 et s. Sur le contredit en général:
GIVERDON. Chron. D. 1973, p. 157 et s.

المبحث الثانى
تأثير استخدام محكمة الاستئناف
لحقها فى التصدى على موضوع الطلب القضائى

نعالج فيما يلى آثار التصدى الناشئ عن الطعن بالاستئناف ، وعن الطعن بنظام المعارضة " Contredit " .

٣٩١ - (أ) استخدام الحق فى التصدى بواسطة محكمة الدرجة الثانية لحسم موضوع النزاع ، إذا لم تكن محكمة أول درجة قد حسمته ، يشكل اعتداء صارخاً على قاعدة التقاضى على درجتين : la règle de double degré de juridiction [١].

وهذه الوسيلة الفنية - التصدى - تقتضى ، كما سبق القول شروط معينة لإمكانية ممارستها[٢]. وقد سبق لنا الإشارة فى العديد من المرات إلى الجدل الثائر حول النطاق الخاص بكل من الأثر الناقل للاستئناف ، والحق فى التصدى[٣]. وقد سبق القول أيضاً أن المادة ٥٦٨ من قانون المرافعات الفرنسى تضع شروط مرنة لاستخدام هذا الحق[٤].

وإذا ما أردنا معالجة تأثير الحق فى التصدى على موضوع الطلب القضائى أمام محكمة الاستئناف فإننا نلاحظ أن هذا التأثير ذو أهمية كبرى، فحينما يتصدى قاضى الاستئناف لنظر موضوع النزاع ، فهو يعيد - بذلك - تكوين موضوع الطلب القضائى مرة أخرى أمام محكمة الاستئناف . ويظهر هذا التأثير حين نتأمل شروط أعمال الحق فى

---

(١) V. DUMAS, op. Cit., p. 10 et s

(٢) J. VINCENT, op. Cit., p. 766.

(٣) TULSKY et MEURISSE : Loc. cit.

(٤) VINCENT, p. 769.

التصدى ، فبالإضافة إلى شروط حسن سير العدالة أو مصلحة العدالة فالمادة ٢/٥٦٨ تنص على أن الحق فى التصدى لا يشكل عقبة عند إعمال المواد ٥٥٤ ، ٥٥٥ ، ٥٦٣ إلى ٥٦٧ من قانون المرافعات ، هذه المواد تعالج إمكانية اختصام الغير فى الاستئناف ، والطلبات الجديدة فى الاستئناف على نحو ما سبق شرحه . كل هذه الأمور تؤدى بطريق مباشر أو غير مباشر إلى التأثير على موضوع الطلب القضائى فى الاتجاه الذى يؤدى إلى إعادة تكوين خصومة أول درجة أمام محكمة الاستئناف لكى تتلقى حكماً فاصلاً بصفة نهائية فى موضوع النزاع(١).

فالمادة ٥٥٤ تسمح بالتدخل الاختيارى فى خصومة الاستئناف وبالتالى تسمح لقاضى الاستئناف بنظر طلبات جديدة تعرض عليه لأول مرة ، سواء من المتدخل أو من الخصوم رداً على طلبات هذا المتدخل.

ونفس الحل يسرى بالنسبة للمادة ٥٥٥ التى تسمح باختصام الغير ، والمواد من ٥٦٣ إلى ٥٦٧ تحمل فى طياتها الكثير من الطلبات الجديدة التى تعرض لأول مرة أمام محكمة الاستئناف(٢).

٣٩٢ – والواقع أن كل هذه الأمور تشكل بداية لتطور غير محدد المعالم للنظام القانونى للاستئناف ، هذا التطور يكون محكوماً بالشروط المطلوبة لإعمال هذه النصوص ، والواردة فى صلب هذه المواد. هذه

---

(١) *LOISEL*: Emploi optimal de la nation d'évocation en procédure civile, J.C.P., 1971.1.2432.

(٢) Cass, Civ. 3/2/1971, Bull. Cass. 1971.2.31.
Cass. Civ. 13/10/1971. Bull. Cass. 1971-2-198.
Cass. Civ. 13/10/1971 D. 1972. Somm. P. 23.
Cass. Civ. 12/7/1972 Bull. Cass. 1972.2.79.
Cass. Civ. 14/3/1973 Bull. Cass. 1972.3.89.

الشروط ، كما سبق أن ذكرنا ، صعوبة التحديد . والواقع أن العمل القضائي لم يثبت حتى الآن على مواقف محددة لإعمال هذه النصوص.

٣٩٣ – (ب) التأثير الناشئ من استخدام حق التصدي المتولد عن Contredit على موضوع الطلب القضائي أمام ثاني درجة.

التصدي المتولد من المادة ٨٩ السابق ذكرها ، يشكل في صحيح النظر اعتداء صارخاً على قاعدة التقاضي على درجتين double degré de juridiction وقد سبق القول أن هذا النوع من التصدي يكون معترفاً به لمحكمة الدرجة الثانية سواء ألغت Infirme حكم أول درجة أو أيدته confirme وذلك في الأحوال التي توجه الـ contredit إلى الحكم الصادر في مسألة الاختصاص. وبناء على هذا فقد قال البعض ، أنه إذا اعتادت أحد محاكم الاستئناف على استعمال حقها في التصدي في كل الأحوال التي يطعن أمامها في مسألة الاختصاص بنظام الـ contredit فإن هذا المسلك سوف يؤدي إلى شطب دور أول درجة في نطاق اختصاص محكمة ثاني درجة ، ومن جهة أخرى لن يظهر أي تنازع فيما يتعلق بمسألة الاختصاص في ذات دائرة محكمة الاستئناف هذه[١].

٣٩٤ – والسؤال الآن يكمن في بيان مدى تأثير موضوع الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف باستخدام هذه الأخيرة لحقها في التصدي وهل تتشابه سلطات محكمة الاستئناف عند إعمالها للمادة ٨٩ ، بسلطاتها عند إعمال المادة ٥٦٨ أي هل يكون نطاق الحق في التصدي في مجال عمل هاتين المادتين واحد ؟.

---

(١) J.L. MEUNIER : Les exceptions d'incompétence aprés le décret du 20/7/1972. Chron. D. 1974, P. 213 à 221.

. فإذا كانت الإجابة بالإيجاب ، أى كانت سلطات محكمة الاستئناف واحدة عندما تستعمل الحق فى التصدى بناء على Contredit ، وعندما تستعمل هذا الحق بناء على الاستئناف appel فإن هذا التطابق يؤدى إلى جعل محكمة الاستئناف تنظر موضوعاً يعرض عليها لأول مرة فالحكم المطعون فيه بناء على المادة ٨٩ يواجه مسألة الاختصاص ، والحكم المطعون فيه بناء على المادة ٥٦٨ يواجه الطعن فى حكم فرعى.

وإذا تصدت محكمة الاستئناف للنزاع برمته ، فكأنها تفصل فى موضوع لم يحسم من قبل بحكم أول درجة ، هذا يؤدى إلى إعادة تكوين النزاع مرة ثانية أمام محكمة الاستئناف لكى يفصل فيه بطريقة نهائية.

وقد سبق القول أن شرط الإلغاء infirmation ، أى إلغاء حكم أول درجة قبل استعمال محكمة الاستئناف لحقها فى التصدى لم يظهر فى المادة ٨٩ ، ولا فى المادة ٥٦٨ من قانون المرافعات، وبناء على هذا فلم يبقى أمام محكمة الاستئناف إلا إعمال سلطتها التقديرية المبنية على حسن سير العدالة la bonne justice لكى تقوم بإعمال حقها فى التصدى ونظر موضوع النزاع بأكمله .. والواقع أن قاعدة التقاضى على درجتين تتلقى من مثل هذه النصوص ضربات قاتلة. ففى كل مرة يتوسع فيها اختصاص وسلطات محكمة ثانى درجة تضعف وتنهار قاعدة التقاضى على درجتين.

٣٩٥- وبناء على كل هذا فنحن لا نتفق مع جانب من الفقه الذى يرى أن سلطات محكمة الاستئناف تكون أقل عندما تختص بموجب contredit عنها فى حالة اختصاصها بالاستئناف العادى appel(١).

---

(١) MEUNIER, loc. cit. Civ. Ler 21/2/1961. D. 1961-229, Note Holleaux.

فالواقع أن نظام التصدى évocation يظل دائماً رخصة faculté مخولة لمحكمة الإستئناف ، وخاضعا لكامل سلطتها التقديرية فى استعماله أو عدم استعماله ، فإذا ماقررت هذه المحكمة استخدام هذا الحق فإن مبدأ المواجهة le principe contradictoire يظل موجودا كصمام أمان ، لكى يكفل للخصوم الفرصة المتساوية لإبداء أقوالهم وسماع ادعاءاتهم ودفوعهم [1].

وفى النهاية فإنه يبدو لنا أن المادة ٢/٥٦٨ من قانون المرافعات تكون صالحة للأعمال بصدد التصدى المتولد من الـ contredit.

وفى المنطق المجرد ، لا يوجد ما يمنع شخص من الغير من التدخل فى الخصومة القائمة أمام محكمة الدرجة الثانية بناء على رفع contredit وذلك فى الأحوال التى تتوافر فيها شروط أعمال المادة ٥٥٤.

ومن جهة أخرى وإعمال لقواعد المنطق ذاته ، فليس هناك ما يمنع من تطور النزاع l'évolution du litige الذى يتطلب اختصام شخص من الغير للحكم عليه بطلب ما أمام محكمة الاستئناف ، وكل ذلك حينما يكون النزاع مطروح على محكمة الدرجة الثانية بناء على الـ contredit (م ٥٥٥ مرافعات فرنسى).

وهذا الرأى صالح أيضاً للإعمال بصدد المواد من ٥٦٣ إلى ٥٦٧. وكل هذا يساعد فى الواقع على إعطاء خصومة الاستئناف إذا ما تم الطعن فى حكم أول درجة بطريق الـ contredit[2] إتساع ونطاق لم يكن معروفاً

---

(١) VINCENT, loc, cit.

(٢) يلاحظ أن نظام الـ contredit لا يوجد فى مصر فإعمالاً للمادة ١١٠من قانون المرافعات المصرى يطبق نظام الإحالة إذا حكمت المحكمة بعدم الاختصاص ، وبالتالى لا تثور مشكلة حكم صادر فى مسألة الاختصاص ويتم الطعن فيه ==

حتى وقتنا هذا ، كل ذلك سوف يساعد على طرح موضوع النزاع بصورة كاملة أمام محكمة ثاني درجة ، مما يؤدى إلى القول بأن موضوع النزاع سوف يطرح بأكمله على محكمة الدرجة الثانية لأول مرة، وذلك دون أن يتلقى من أول درجة حكماً فى الموضوع.

٣٩٦- ويرى بعض الفقه فى فرنسا أن الحق فى التصدى يعتبر أداة فنية une technique من أدوات النظام القانونى للطعن بالاستئناف. فإذا ما حصل وانتقلت هذه الأداة للعمل داخل نظام قانونى آخر مثل نظام الـ contredit فإننا نلاحظ أن الغاية الأصلية التى وجدت من أجلها هذه الوسيلة الفنية لا تلبث أن تؤثر على غايات النظام الجديد الذى نقلت إليه هذه الوسيلة لكى تعمل.

الحق فى التصدى وجد كأداة فنية من أدوات النظام القانونى المسمى بالاستئناف. هذا الحق يخول لمحكمة الاستئناف بطريقة اختيارية أن تتصدى لنظر موضوع النزاع ،وذلك إذا ما تم الطعن فى حكم فرعى صادر ن أول درجة. فإذا انتقل هذا الحق لكى يعمل داخل نظام قانونى آخر ، فإن غايته (غاية الأداة الفنية) الأولية تؤثر على وظيفة هذه الوسيلة الفنية داخل النظام القانونى الجديد. وننتقل الآن إلى الفصل الرابع والأخير من هذا المؤلف والخاص بالأثر الموقف للتنفيذ والناشئ عن قابلية الحكم للطعن فيه بالاستئناف.

= بالاستئناف. وحتى إن ثارت مثل هذه المسألة وألغت محكمة الاستئناف الحكم الصادر بمقولة أنه صادر من محكمة غير مختصة ، فإنها تلتزم بمقتضى المادة ١١٠ بالإحالة إلى محكمة أول درجة المختصة.

الفصل الرابع

الأثر الموقف للتنفيذ والمتولد من قابلية الحكم للطعن فيه بالاستئناف

٣٩٧ – معالجة الأثر الموقف للتنفيذ والناشئ عن قابلية الحكم المواد تنفيذه للطعن فيه بالاستئناف أو عن الطعن فيه بالفعل بهذا الطريق، تقتضى منا معالجة هذه المسائل فى المباحث الآتية:

المبحث الأول : أثر قابلية الحكم للطعن فيه بالاستئناف فى وقف التنفيذ.

المبحث الثانى : شمول الحكم بالنفاذ المعجل وأثر الطعن فيه بالاستئناف على التنفيذ الجبرى.

المبحث الثالث : الخطأ فى وصف الحكم وأثر الطعن فيه بالاستئناف على التنفيذ الجبرى.

ونعالج كل هذه المسائل بالتفصيل التالى.

المبحث الأول

فى معنى أثر قابلية الحكم للطعن فيه بالاستئناف على التنفيذ الجبرى

٣٩٨ – كان الوضع فى القانون الفرنسى يتلخص فى هذا الصدد فى أن مجرد رفع الاستئناف يترتب عليه وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه. وعلى ذلك فإن مجرد قابلية الحكم للطعن فيه بالاستئناف ، أى مجرد قيام

ميعاد الطعن بالاستئناف مع عدم رفع هذا الطعن بالفعل ، فإن ذلك لم يكن مانعاً من الشروع فى التنفيذ الجبرى[1]. أى أنه لم يكن يشترط لإمكانية التنفيذ الجبرى للحكم حيازته لقوة الأمر المقضى به[2].

وعلى ذلك فرفع الاستئناف بالفعل هو الذى كان يؤدى إلى وقف التنفيذ. فإذا كان التنفيذ قد شرع فيه ولم يتم قبل الطعن بالاستئناف ، ثم طعن فى الحكم بهذا الطريق، فإنه كان من آثار رفع الطعن ضرورة وقف هذا التنفيذ.

وعلى ذلك فمجرد قيام ميعاد الطعن وعدم انقضائه لم يكن مانعاً من الشروع فى التنفيذ الجبرى.

وعلى ذلك ، فكان يقصد بالأثر الموقف للتنفيذ فى القانون الفرنسى القديم ، أنه بمجرد رفع الطعن بالاستئناف فإنه يمتنع تنفيذ الحكم. هذا فى العلاقة بين الخصوم .

أما بالنسبة للغير فإنه لم يكن جائزاً التنفيذ الجبرى إلا بمقتضى حكم

---

(١) محمد حامد فهمى ، تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية.
- محمد كمال عبد العزيز . تقنين المرافعات فى ضوء الفقه والقضاء.
- عزمى عبد الفتاح ، نظام قاضى التنفيذ فى القانون المصرى والمقارن رسالة ١٩٧٨.
- نبيل عمر. إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية ط ١ سنة ١٩٧٩.
فتحى والى . التنفيذ الجبرى ١٩٧١.
- أبو الوفا. التعليق على نصوص قانون المرافعات ج ٢ .
- VINCENT : Précis. P. 801 et 734.
- MOREL : Traité élémentaire, p. 486.

(٢) أى أنه كان يكفى للتنفيذ الجبرى فى العلاقة بين الخصوم حيازة الحكم حجية الشئ المقضى به فقط.

لقوة الأمر المقضى.

والقاعدة فى القانون المصرى أنه لا يجوز الشروع فى التنفيذ الجبرى إلا بمقتضى حكم إلزام حازاً لقوة الأمر المقضى أو مشمولاً بالنفاذ المعجل أو بمقتضى سند تنفيذى مما حدده القانون.

وأيضاً فقابلية الحكم للطعن فيه بالاستئناف ، مجرد القابلية ، تعتبر مانعاً من الشروع فى التنفيذ الجبرى بمقتضاه وذلك بالنسبة للخصوم وبالنسبة للغير. وفى القانون الفرنسى فإن قابلية الحكم للطعن فيه بطرق الطعن غير العادية ليس لها اثر موقف للتنفيذ. ونفس الحل يوجد فى القانون المصرى.

وإذا كان هذا هو الوضع فى القانون الفرنسى والمصرى ، فإن هذه المسألة تم تعديلها فى فرنسا سنة ١٩٦٥ . فقد سبق القول أنه يترتب على رفع الاستئناف بالفعل وقف التنفيذ إذا كان قد شرع فيه، أو امتناع التنفيذ إذا لم يكن قد بدئ فيه. أما سريان ميعاد الطعن فلم يكن معتبراً عائقاً يمنع التنفيذ الجبرى. وابتداء من سنة ١٩٦٥ وحتى الآن فإن مجرد قيام ميعاد الطعن فى الحكم بالاستئناف ، وسواء تم الطعن أو لم يتم ، فإن ذلك يؤدى إلى عدم قابلية الحكم للتنفيذ الجبرى بمقتضاه (م ٥٣٩ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد) وذلك ما لم يكن الحكم مشمولاً بالنفاذ المعجل (م٥٠١).

وعلى ذلك فقد أصبحت القاعدة موحدة فى فرنسا بالنسبة للتنفيذ فى مواجهة الخصوم ، وفى مواجهة الغير. وبناء على ذلك فلا يجوز الشروع فى التنفيذ الجبرى ، كقاعدة عامة ، إلا إذا أصبح الحكم حائزاً لقوة الأمر المقضى به. وعلى ذلك فقابلية الحكم للطعن فيه بالاستئناف يولد أثراً موقفاً للتنفيذ الجبرى.

المبحث الثانى
شمول الحكم الابتدائى بالنفاذ المعجل
وأثر الطعن فيه بالاستئناف على التنفيذ الجبرى

٣٩٩ - ليس هنا مجال استعراض فكرة النفاذ المعجل وحالاته وآثاره فمحل ذلك هو المراجع العامة التى تعالج إجراءات التنفيذ القضائى(١). وإنما الذى يهمنا معالجته هنا باختصار هو أثر الطعن بالاستئناف ، أو قابلية الحكم المشمول بالنفاذ المعجل للطعن فيه بالاستئناف، على قوته التنفيذية.

تنص المادة ١/٢٩٢ من قانون المرافعات المصرى على أنه : "يجوز فى جميع الأحوال للمحكمة المرفوع إليها الاستئناف أو التظلم أن تأمر بناء على طلب ذى الشأن بوقف النفاذ المعجل إذا كان يخشى وقوع ضرر جسيم من التنفيذ وكانت أسباب الطعن فى الحكم أو الأمر يرجح معها إلغاؤه " . من هذا النص نستطيع القول أن الحكم المشمول بالنفاذ المعجل يمكن الشروع فوراً فى اتخاذ إجراءات التنفيذ بمقتضاه . ولا يؤثر فى قابلية مثل هذه الأحكام للتنفيذ الجبرى بمقتضاها سريان ميعاد الطعن فيها بالاستئناف. كما لا يؤثر فى قابلية مثل هذه الأحكام للتنفيذ الجبرى بمقتضاها الطعن فيها بالفعل بالاستئناف.

وإنما الذى يؤثر فى التنفيذ الجبرى لمثل هذه الأحكام فقط هو صدور حكم بوقف تنفيذها من محكمة الاستئناف ، ويكون وقف التنفيذ فى هذه الحالة هو أثر مترتب على الحكم الصادر بوقف التنفيذ ، وليس على الطعن ذاته.

والشروط العامة التى بمقتضاها يجوز لمحكمة الاستئناف أن تأمر

---

(١) نبيل عمر . إجراءات التنفيذ ، ص ١٩٢ وما بعدها.

بوقف تنفيذ الحكم المشمول بالنفاذ المعجل هى:

١ – أن يطعن فى الحكم المشمول بالنفاذ المعجل بالاستئناف.

٢ – وأن يطلب من محكمة الاستئناف وقف تنفيذ مثل هذا الحكم ، فإن لم يطلب ذلك فلا تستطيع محكمة الاستئناف الحكم بما لم يطلبه الخصوم.

٣ – ويجب أن يطلب وقف التنفيذ قبل أن يتم هذا الأخير بالفعل.

٤ – ويشترط أيضاً حتى يجوز لمحكمة الاستئناف أن تحكم بوقف تنفيذ الحكم المشمول بالنفاذ المعجل أن يكون هناك احتمال وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه من تمام التنفيذ.

٥ – كما يشترط أخيراً لجواز الحكم بوقف التنفيذ أن تكون أسباب الطعن فى الحكم أو الأمر مما يرجح معها إلغاؤه من جانب محكمة الاستئناف.

والحكم بوقف التنفيذ الجبرى هو أمر جوازى لمحكمة الاستئناف يخضع لمطلق سلطاتها التقديرية. وهذا الحكم لا يقيد محكمة الطعن عندما تفصل فى الاستئناف من الناحية الموضوعية. والواقع أن هذا هو الشأن بالنسبة لكافة الأحكام الوقتية فهى لا تقيد محكمة الموضوع بالنسبة لقضائها الموضوعى. ويجب على محكمة الاستئناف أن تقضى فى مسألة وقف النفاذ على وجه الاستعجال وقبل الفصل فى الموضوع(١).

---

(١) نقض مدنى ١٩٧١/٥/٤ مجموعة النقض س ٢٣ ص ٥٨٨ .
– نقض مدنى ١٩٧٧/١٢/٢٧ طعن رقم ٣٤٣ س ٤٤.

المبحث الثالث
الخطأ فى وصف الحكم
وأثر الطعن فيه بالاستئناف على التنفيذ الجبرى

٤٠٠ – ليس هنا أيضاً مكان المعالجة التفصيلية لمسألة الخطأ فى وصف الحكم ، وإنما محل ذلك هو المراجع العامة فى التنفيذ القضائى[١]، وإنما يقتصر بحثنا فقط على أثر الطعن بالاستئناف فى تنفيذ الحكم الذى حدث خطأ فى وصفه.

تنص فى المادة ٢٩١ من قانون المرافعات المصرى على أنه : " يجوز التظلم أمام المحكمة الاستئنافية من وصف الحكم وذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى ويكون ميعاد الحضور ثلاثة أيام .

ويجوز إبداء هذا التظلم فى الجلسة أثناء نظر الاستئناف المرفوع عن الحكم.

ويحكم فى التظلم مستقلاً عن الموضوع ".

ويقصد بوصف الحكم ، ما قضى به صراحة أو ضمناً فى خصوص النفاذ المعجل ، أو الكفالة ، أو من حيث كونه ابتدائياً أو إنتهائياً.

ويشترط لقبول الاستئناف كطريق للتظلم من وصف الحكم أمرين:

أولاً : أن يكون هناك خطأ فى الوصف أو فى قضاء المحكمة بالنسبة للنفاذ المعجل أو الكفالة.

ثانياً : أن تتوافر مصلحة فى التظلم من هذا الخطأ الواقع فى

---

(١) نبيل عمر ، إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية ، ص ١٩٨ وما بعدها.
– فتحى والى . التنفيذ الجبرى ، ص ٧٨ وما بعدها.

الوصف. وعلى ذلك لا تتوافر هذه المصلحة إذا ما أراد الخصم التظلم من قرار القاضى برفض الأمر بالنفاذ المعجل ، إذا كان هذا النفاذ واجباً بقوة القانون ، وأيضاً إذا حاز الحكم قوة الأمر المقضى به سقط الحق فى التظلم من وصفه ، لأن المصلحة تفوت في هذه الحالة فالحكم فى هذه الحالة يجوز تنفيذه حسب القواعد العامة.

وبالنسبة لسلطة المحكمة الاستئنافية فى نظر التظلم الوصفى فإنها تنحصر فى البحث فى صحة تطبيق القانون من حيث الوصف.

وعلى ذلك فليس لها أن تتعرض لما قضى به الحكم فى الموضوع. وإذا رفع تظلم من الوصف وطعن فى موضوع الحكم ن فإن على محكمة الاستئناف أن تبدأ بنظر التظلم من الوصف دون انتظار الفصل فى الموضوع ، إذ الفصل فى الطعن من ناحية الموضوع قد يجعل الاستئناف الوصفى غير ذى محل.

وعلى محكمة الاستئناف أن تتحقق قبل الفصل فى الاستئناف الوصفى من مسألة جواز الاستئناف أو عدم جوازه بالنسبة للموضوع. ذلك أنه إذا تبين أن استئناف الموضوع غير جائز فإن الحكم المستأنف يكون حائزاً لقوة الأمر المقضى ، وقابلاً للتنفيذ الجبرى حسب القواعد العامة.

وأخيراً فإنه يترتب على قبول التظلم أو عدم قبوله أو رفضه إمكان التنفيذ أو عدم إمكانه.

والحكم فى التظلم ليس له حجية بالنسبة لموضوع الطعن[1].

والخلاصة إذاً أنه إذا حدث خطأ فى وصف الحكم مما يؤثر فى

---

(١) فتحى والى. ص ٨٢ .

قوته التنفيذية ، فإنه لكى يتم تصحيح هذا الخطأ فلابد من الطعن بالاستئناف فى الوصف الخاطئ. ويتوقف على الحكم الصادر من محكمة الاستئناف تعديل هذا الوصف بما يعطى للحكم وصفه الحقيقى.

(تم بحمد اللـــه)

فهـــــارس الكتـــــاب

فهرس إجمالى

الموضـــوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

الفصل الثانى

الموضـوع	الصفحة

الموضــوع	الصفحة

الموضـوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

فهرس تفصيلى

رقم الفقرة	الموضـوع	الصفحة
١٣٠	معنى صدور حكم انتهائى على خلاف أخر لم يحـوز قوة الأمر	١٨٧
١٣١	الشروط الواجب توافرها لذلك	٢٨٧
١٣٢	تابع هذه الشروط	٢٨٩
١٣٣	المادة ٢٢٢	٢٩٠
١٣٤	تحديد نطاق الأثر الناقل فى هذه الحالة	٢٩١
١٣٥	موقف الفقه	٢٩٢
١٣٦	الفروض التى يضعها الفقه لهذه الحالة	٢٩٢
١٣٧	شرح هذه الفروض	٢٩٣
١٣٨	متى ينظر إلى صيرورة الحكم الأول انتهائيا	٢٩٤
١٣٩	تحديد سلطات محكمة الاستئناف فى هذه الحالة	٢٩٦
١٤٠	الطعن المباشر والطعن مع الحكم المنهى للخصومة	٢٩٨
١٤١	دراسة الدعوى القضائية	٢٩٩
١٤٢	تمهيد لهذه الدراسة	٣٠٠
١٤٣	عرض النظريات	٣٠١
١٤٤	الدعوى هى المطالبة	٣٠٤
١٤٥	الدعوى تستقل عن الطلب	٣٠٥
١٤٦	الوصل بين الدعوى والطلب	٣٠٦
١٤٧	النظريات الحديثة	٣٠٨
١٤٨	تقدير بعض هذه النظريات	٣١١
١٤٩	نظرية ثانية	٣١٣
١٥٠	تقديرها	٣١٤
١٥١	محاولة البحث عن تحليـل أكـثر ملاءمـة لطبيعـة الدعوى	٣١٥

رقم الفقرة	الموضــوع	الصفحة
١٥٢	أين هو مكان الدعوى القضائية من هذا التحليل	٣١٨
١٥٣	موقف قانون المرافعات الفرنسى الجديـد مـن هـذا التحليل	٣٢٠
١٥٤	الخلاصة	٣٢٤
١٥٥	تمييز الدعوى عما قد يختلط بها من أفكار	٣٢٥
١٥٦	التمييز بين الدعوى والحق الموضوعى	٣٢٦
١٥٧	الحالات التى توجد فيها الدعوى دون حق موضوعى	٣٢٦
١٥٨	الحقوق التى ليس لها دعاوى تحميها	٣٢٩
١٥٩	الدعوى والخصومة القضائية.	٣٣٠
١٦٠	خصائص الدعوى القضائية	٣٣٣
١٦١	فى تعريف الدعوى	٣٣٩
١٦٢	التعريف المختار	٣٣٩
١٦٣	فى فكرة الخصومة القضائية	٣٤١
١٦٤	الخصومة والنزاع	٣٤٣
١٦٥	الخصومة وحدة قانونية	٣٤٤
١٦٦	انتقاد هذا الرأى	٣٥٠
١٦٧	هل خصومة الاستئناف تعتبر مستقلة عن خصومـة أول درجة	٣٥٠
١٦٨	المادة ٢١٢ مرافعات	٣٥٤
١٦٩	الأحكام الصادرة أثنـاء سـير الدعـوى ولا تنـهى الخصومة	٣٥٥
١٧٠	ما هى الخصومة التى يتعين انتهاؤها كلها	٣٥٨
١٧١	موقف محكمة النقض	٣٦٠
١٧٢	شرح موقف محكمة النقض	٣٦١

رقم الفقرة	الموضـــوع	الصفحة
٢١٧	الجزاء على مخالفة إجراءات الإعلان	٥٠٨
٢١٨	نطاق تطبيق المادة ١١٤ مرافعات مصرى	٥١٤
٢١٩	متى يزيل الحضور البطلان	٥٢٠
٢٢٠	أشخاص خصومة الاستئناف ـ تقسيم	٥٢٢
٢٢١	في الطاعن بالاستئناف	٥٢٣
٢٢٢	من هو الطاعن	٥٢٣
٢٢٣	الشروط الواجب توافرها في الطاعن	٥٢٨
٢٢٤	الأهلية وهل هي شرط لقبول الطعن	٥٣٧
٢٢٥	في المطعون ضده بالاستئناف	٥٣٧
٢٢٦	تحديد فكرة الغير في الاستئناف	٥٤٩
٢٢٧	من هو الغير في قانون المرافعات	٥٥٠
٢٢٨	آثار فكرة الغير في القانون المدنى	٥٥١
٢٢٩	تعريف الغير في قانون المرافعات	٥٥٣
٢٣٠	العلاقة بين الرابطة الموضوعية والرابطة الإجرائية	٥٥٤
٢٣١	هل يمثل المدين الكفيل ، وهل العكس صحيح ؟	٥٥٥
٢٣٢	هل يمثل الضامن المضمون وهل العكس صحيح؟	٥٥٧
٢٣٣	آثار التدخل في خصومة الاستئناف	٥٦٠
٢٣٤	الدائن لا يعتبر من الغير	٥٦١
٢٣٥	التضامن وأثره في الطعن بالاستئناف	٥٦١
٢٣٦	دراسة متحركة لخصومة الاستئناف	٥٦٥
٢٣٧	إجراءات سير خصومة الاستئناف	٥٦٦
٢٣٨	الحضور والغياب وفلسفته	٥٦٦
٢٣٩	شطب القضية في الاستئناف	٥٧٧
٢٤٠	بقاء الدعوى مشطوبة ستون يوما وأثره	٥٨٢

رقم الفقرة	الموضـــوع	الصفحة
٢٤١	ماذا يجب عمله حتى لا تعتبر الدعوى كأن لم تكن.	٥٨٤
٢٤٢	عوارض خصومة الاستئناف	٥٨٧
٢٤٣	أسباب ركود الخصومة . تقسيم	٥٨٧
٢٤٤	وقف الخصومة فى الاستئناف	٥٨٨
٢٤٥	تعريف وقف الخصومة فى الاستئناف	٥٨٩
٢٤٦	أنواع الوقف ـــ الاتفاقى	٥٩٠
٢٤٧	الوقف الجزائى	٥٩٩
٢٤٨	الوقف التعليقى	٦٠٢
٢٤٩	الوقف بقوة القانون	٦٠٧
٢٥٠	انقطاع الخصومة فى الاستئناف	٦٠٩
٢٥١	آثار انقطاع الخصومة	٦١٨
٢٥٢	تحليل آثار الانقطاع	٦٢٠
٢٥٣	عودة الخصومة المنقطعة إلى السير فيها	٦٢١
٢٥٤	المادة ١/١٣٣ مرافعات مصرى	٦٢٢
٢٥٥	انقضاء الخصومة المنقطعة بغير حكم فى الموضوع	٦٢٨
٢٥٦	العوارض المنهية للخصومة ـــ تقسيم	٦٢٩
٢٥٧	سقوط الخصومة فى الاستئناف	٦٢٩
٢٥٨	آثار سقوط الخصومة	٦٣٣
٢٥٩	المادة ١/١٣٨ مرافعات مصرى	٦٣٧
٢٦٠	المادة ٢٣٨ مرافعات مصرى ونظام ترك الخصومة	٦٤٢
٢٦١	تعريف نظام الترك	٦٤٣
٢٦٢	شروط ترك الخصومة	٦٤٣
٢٦٣	تعدد هذه الشروط	٦٤٤
٢٦٤	آثار ترك الخصومة فى الاستئناف	٦٤٩

للمــــؤلف

١-سبب الطلب القضائي ، رسالة بالفرنسية ، بوردو فرنسا ١٩٧٧ .

٢-سبب الطلب القضائي أمام محاكم الاستئناف ، ١٩٧٨ .

٣-التنفيذ القضائي، ١٩٧٩ .

٤-التنفيذ الجبري، ١٩٨٠.

٥-الطعن بالنقض، ١٩٨٠ .

٦-الطعن بالاستئناف ، ١٩٨٠.

٧-إعلان الأوراق القضائية ، ١٩٨١ .

٨-الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، ١٩٨٢ .

٩-الطعن بالتماس إعادة النظر، ١٩٨٣ .

١٠- دعوى استرداد المنقولات المحجوزة، ١٩٨٣ .

١١- سلطة القاضي التقديرية ، ١٩٨٤ .

١٢- أصول المرافعات المدنية ، .

١٣- المرافعات ، ١٩٨٧ .

١٤- المرافعات مع الدكتور أمينة النمر ، ١٩٨٨ .

١٥- الأوامر على عرائض، ١٩٨٧ .

١٦- عدم فعالية الجزاءات الإجرائية ، ١٩٨٩ .

١٧- عدم قضاء القاضي بعلمه الشخصي ، ١٩٨٩ .

١٨- سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء، ١٩٩٠ .

١٩- الوسيط فى قانون المرافعات، ١٩٩٩ ، دار الجامعة الجديدة.

٢٠- التنفيذ الجبري ، ١٩٩٣ دار الجامعة الجديدة.

٢١- قانون المرافعات اليمني، ١٩٩٢ .

٢٢- قانون التنفيذ اليمني، ١٩٩٢ .
٢٣- قانون المرافعات العراقي، ١٩٩١ .
٢٤- القضاء السعودي، ١٩٩٢ .
٢٥- أصول المحاكمات اللبناني ، ١٩٩٥ .
٢٦- أصول التنفيذ اللبناني، ١٩٩٥ .
٢٧- أصول التنفيذ اللبناني ، ١٩٩٦ .
٢٨- دراسات فى فلسفة قانون المرافعات ، ١٩٧٨ .
٢٩- الهدر الإجرائي فى قانون المرافعات، ١٩٩٩. دار الجامعة الجديدة.
٣٠- التقدير القضائي المستقبلي، ١٩٩٩ . دار الجامعة الجديدة.
٣١- النيابة المدنية ، ١٩٩٩ . دار الجامعة الجديدة.
٣٢- دراسة تحليلية للاستئناف، ١٩٩٩ . دار الجامعة الجديدة.
٣٣- الحكم القضائي ، ١٩٩٩ . دار الجامعة الجديدة.
٣٤- فكرة الارتباط الإجرائي، ١٩٩٤ . دار الجامعة الجديدة.
٣٥- الوجيز فى قانون المرافعات، ١٩٩٣ . دار الجامعة الجديدة.
٣٦- الطعن بالاستئناف وإجراءاته ، ط ٢ سنة ٢٠٠٠ – دار الجامعة الجديدة
٣٧- سقوط وتصاعد وانتقال المراكز الإجرائية ١٩٩٩. دار الجامعة الجديدة.
٣٨- الوسيط فى التنفيذ الجبرى ، ٢٠٠٠ . دار الجامعة الجديدة.
٣٩- المشكلات العملية فى التنفيذ الجبرى ٢٠٠٠. دار الجامعة الجديدة.

وغير ذلك من المقالات والأبحاث المنشورة فى المجلات العربية والأجنبية .

إيداع محلى	١٨٢٣٤ – ٩٩
ترقيم دولى	I – s – B .N.
	977 – 328 – 110 – X

